WIRKT DAS RABATTGESETZ WETTBEWERBSBESCHRÄNKEND?

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

WOLFGANG KLÜNDER
aus Stuttgart
1986

SOFORT-DRUCK TÜBINGEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546518_0004

WIRKT DAS RABATTGESETZ WETTBEWERBSBESCHRÄNKEND?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Klünder
aus Stuttgart

1986
Anton Brenner Sofort-Druck, Tübingen

Dekan:	Professor Dr. Ulrich Bälz
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Wernhard Möschel
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Ulrich Bälz
Tag der mündlichen Prüfung:	16. Dezember 1985

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
Entscheidungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
1. Die Regelung des Rabattgesetzes, das Rabattverbot	4
1.1. Übersicht	4
1.2. Auslegung des Rabattverbotes	4
1.2.1. Waren und Leistungen des täglichen Bedarfs	5
1.2.2. letzter Verbraucher	6
1.2.3. Normalpreis	7
1.2.4. Angebotsdifferenzierung	10
1.3. Würdigung der Regelung, Voraussetzung wettbewerbsbeschränkender Wirkung	11

2. Lauterkeitsrechtliche Begründung des Rabattgesetzes 14

2.1. Schutz der Marktgegenseite/Verbraucherschutz 15

2.1.1. Feilschen 15

2.1.2. Irreführungsgefahr 17
2.1.2.1. Zwang zum kompensierenden Höherkalkulieren 18
2.1.2.2. Irrtumsobjekte 19
2.1.2.3. Erforderlichkeit des Rabattgesetzes 23

2.1.3. übertriebenes Anlocken 25
2.1.3.1. Rabattatbestand 25
2.1.3.1.1. psychologischer Druck 25
2.1.3.1.2. Wertreklame 27
2.1.3.2. Wortgebrauch 28
2.1.3.3. Erforderlichkeit des Rabattgesetzes 29

2.1.4. Diskriminierung 29
2.1.4.1. Gleichbehandlungsgrundsatz 30
2.1.4.2. Benachteiligung Schwacher 31
2.1.4.3. Subventionierung 32
2.1.4.3.1. Voraussetzungen beim Anbieter 33
2.1.4.3.2. Voraussetzungen bei den Mitbewerbern 34
2.1.4.3.3. Zwang zu proportional gleichen Stückgewinnen 35
2.1.4.3.3.1. Zusatzgeschäft 35
2.1.4.3.3.2. Erschließung neuer Kundenschichten 36
2.1.4.3.3.3. monopolistische Preisdifferenzierung 37
2.1.4.3.3.4. Mischkalkulation 37
2.1.4.3.3.5. Lagerräumung und ähnliches 38
2.1.4.3.3.6. gezieltes Kundenabwerben 39
2.1.4.3.4. Ergebnis zur Subventionierung 39

2.1.5. Ergebnis zum Schutz der Marktgegenseite 40

2.2. Konkurrentenschutz 41

2.2.1. Koordinationsprozeß "Wettbewerb" 41
2.2.1.1. Grundlagen 41
2.2.1.2. Gegenargumente 43
2.2.1.3. Gegenkonzept des "Leistungswettbewerbs" 45
2.2.1.4. Systemschutz 47
2.2.1.4.1. Grundsatz 47
2.2.1.4.2. Konkretisierung 48
2.2.1.4.2.1. geschützte Interessen 49
2.2.1.4.2.2. Maßstab 50
2.2.1.4.2.3. Bedeutung von Marktmacht 51
2.2.1.5. Wettbewerbsprozeß, Struktur- und Bestandsschutz 53
2.2.1.6. Ergebnis zum allgemeinen Wettbewerbsschutz 57

2.2.2. Preiswettbewerb 59
2.2.2.1. Niedrigpreisstrategien 59
2.2.2.1.1. Bezugspunkt Marktpreis 59 a
2.2.2.1.2. Bezugspunkt Konkurrentenpreis 61
2.2.2.1.3. Kampfabsicht 61
2.2.2.1.4. bloße Kenntnis der Marktfolgen 62
2.2.2.1.5. Bezugspunkt Kosten 65
2.2.2.1.6. Ergebnis zu den Niedrigpreisstrategien 67
2.2.2.2. Preisdifferenzierungen 68
2.2.2.2.1. monopolistische Preisdifferenzierung 68
2.2.2.2.2. Preisdifferenzierung als Mittel des Preiskampfes 69
2.2.2.2.3. Preisdifferenzierung als Mittel der Marktschließung 70
2.2.2.2.4. Verschlechterung der Markttransparenz 72
2.2.2.2.5. Aufweichung erstarrten Preiswettbewerbs 73
2.2.2.2.6. Preisdifferenzierung zur Markterschließung 74
2.2.2.2.7. experimentelle Preisdifferenzierung 75
2.2.2.2.8. Ergebnis zur Preisdifferenzierung 75

2.2.3. Folgerungen für das Rabattgesetz 76
2.2.3.1. Rabatte und Niedrigpreispolitik 76
2.2.3.2. Rabatte und Marktschließung 77
2.2.3.3. Rabatte und Markttransparenz/Marktpreisbildung 79
2.2.3.4. Rabatte und Aufweichung erstarrten Preiswettbewerbs 82
2.2.3.4.1. Rabatte bei oligopolistischer Interdependenz 82
2.2.3.4.2. Rabatte bei Herstellerpreisempfehlungen 84
2.2.3.4.3. Rabatte bei pauschalierter Kalkulation 85
2.2.3.4.4. Rabatte und Preissenkungstendenzen 87
2.2.3.5. Rabatte und Flexibilität im Absatz 88

2.2.4. Ergebnis zum Konkurrentenschutz 89

2.3. Schutz vor Nachfragemacht 90

2.4. Ergebnis zur lauterkeitsrechtlichen Begründung des Rabattgesetzes 90

3. Mittelstandsschutz durch das Rabattgesetz 91

3.1. geschichtliches Umfeld der Entstehung des Rabattgesetzes 91
3.2. konkrete Mißstände 93
3.3. Mittelstandsschutz durch Wettbewerbsrecht, Ergebnis 94

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Aberle	Gerd Aberle, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, Stuttgart 1980 = Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Abt. 3, Bd. 65.
Andersen	Eduard Andersen, Lockvogelangebote für Markenspirituosen aus der Sicht des Verbrauchers und des Einzelhändlers, WRP 1978, 427.
Batzer u.a.	Erich Batzer, Erich Greipl, Helmut Laumer und Walter Meyerhöfer, Marktstrukturen und Wettbewerbsverhältnisse im Einzelhandel, Berlin/München 1971.
Baudenbacher	Carl Baudenbacher, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen: Zugleich Beitrag zum Verhältnis von UWG und GWB, GRUR 1981, 19.
Baumbach/Hefermehl	Adolf Baumbach, Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, Kommentar, 14. Auflage von Wolfgang Hefermehl, München 1983.
Begründung	Begründung zum Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25.11.1933, abgedruckt als Anhang II bei Hoth/Gloy, S. 437.
Borck	Hans-Günther Borck, Streifzug durch das Rabatt- und Zugaberecht, WRP 1968, 254.
Burmann	Hans Fr. Burmann, Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbsrechts. Die Relationen: Öffentliches Interesse - Allgemeinheits- und Verbraucherinteresse, WRP 1967, 71.
Buskirk	Richard H. Buskirk und Bruce D. Buskirk, Retailing, McGraw-Hill, New York 1979.
Clapham	Ronald Clapham, Artikel "Das wettbewerbspolitische Konzept der Wettbewerbsfreiheit", in: Handbuch des Wettbewerbs, S. 129 ff., hrsg. von Helmut Cox, Uwe Jens und Kurt Markert, München 1981.
Cox/Hübener	Helmut Cox und Harald Hübener, Artikel "Wettbewerb. Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik", in: Handbuch des Wettbewerbs, S. 1 ff., hrsg. von Helmut Cox, Uwe Jens und Kurt Markert, München 1981.

Creutzig	Jürgen Creutzig, Rabattgesetz und Autokauf: Ein Überblick über die Rechtsprechung, DB 1984, 171.
Döll, Auslegung	Hermann Döll, Zur Auslegung des Rabattgesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Warenaufdrucks empfohlener Preise, BB 1963, 319.
Döll, Berücksichtigung	derselbe, Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173.
Doepner	Ulf Doepner, Auslegungsprobleme im Rabattrecht: Zur Abgrenzung von unechten Sonderpreisen und Preisnachlässen in Wirtschaftszweigen mit saisonal unterschiedlicher Nachfrage, GRUR 1976, 16.
Emmerich	Volker Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, München 1982, = JuS-Schriftenreihe, Bd. 80.
Faucherre	Henry Faucherre, Die Händler-Rabattsparvereine: Studie über die praktischen Probleme der Mittelstandsbewegung, Jena 1912.
Fehl	Ulrich Fehl, Artikel "Preisdifferenzierung (Preisdiskriminierung)", in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 6, S. 160 ff., hrsg. von Willi Albers u.a., Stuttgart u.a. 1981.
Fezer	Karl-Heinz Fezer, Die Grenzen des Selbstbedienungsgroßhandels im Leistungswettbewerb, BB 1976, 705.
v. Gamm, Nebengesetze	Otto Friedrich Freiherr von Gamm, Wettbewerbsrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Teil III, Köln u.a. 1977.
v. Gamm, Rechtsprechung	derselbe, Die neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, GRUR 1979, 680.
v. Gamm, Verbot	derselbe, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung: Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von UWG und GWB, NJW 1980, 2489.
Gerhardt	Walter Gerhardt, Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss. Köln 1960.

Gießler	Peter Gießler, Robinson-Patman-Act: Kein hilfreiches Vorbild, WRP 1979, 848.
Gillert	Peter Gillert, Handelsfunktion und Nebenleistung: Zur rechtlichen Relevanz der Begriffe, BB 1981, 702.
Gleiss/Hootz	Alfred Gleiss und Christian Hootz, Bindet das Rabattgesetz den Einzelhändler an aufgedruckte Preise?, NJW 1963, 627.
v. Godin	Hans Freiherr von Godin, Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, 2. Auflage, Berlin/New York 1974.
Goll	Hans Goll, Die wettbewerbs- und rabattrechtliche Beurteilung der Preisspaltung, Frankfurt a.M./Bern 1973, = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 75.
Gotthold, Diskussion	Jürgen Gotthold, Zur wettbewerbsrechtlichen und wettbewerbspolitischen Diskussion über die Nachfragemacht im Handel und einer Paralleldiskussion in der Raumordnung, Landes- und Stadtentwicklung, WRP 1978, 757.
Gotthold, Entwicklungen	derselbe, Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie: Kritische Bemerkungen zur neo-neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik, ZHR 145 (1981), 286.
Griesbach	Bernhard Griesbach, Rabatte - Preisnachlässe oder Preise?, DB 1964, 1363
Gröner	Helmut Gröner, Nichtleistungswettbewerb und Behinderungsmißbrauch, in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, S. 79 ff., hrsg. von Burkhardt Röper, Berlin 1982, = Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd. 124.
Hahn	Rüdiger Hahn, Behinderungsmißbräuche marktbeherrschender Unternehmen: Eine Untersuchung der Beeinträchtigung von Wettbewerb und Marktstruktur durch horizontalen Nichtleistungswettbewerb als Gegenstand der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB, Frankfurt a.M. 1984, = Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien, Bd. 2.

Havenga	J.J.D. Havenga, Retailing: competition and trade practices, Sijthoff, Leiden 1973.
v. Hayek	Friedrich A. von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968, = Kieler Vorträge im Institut für Weltwirtschaft, Neue Folge, Heft 56.
Hefermehl, Anmerkung	Wolfgang Hefermehl, Anmerkung zu BVerfG GRUR 1967, 605, 608.
Hefermehl, Entwicklungen	derselbe, Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb, in: FS für Robert Fischer, S. 197 ff., hrsg. von Marcus Lutter, Walter Stimpel und Herbert Wiedemann, Berlin/New York 1979.
Hefermehl, Grenzen	derselbe, Grenzen des Lauterkeitsschutzes, in: Beiträge zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Wirtschaftsrecht, FS für Eugen Ulmer zum 80. Geburtstag, = GRUR Int. 1983, Heft 6/7, S. 507 ff.
Heuß	Ernst Heuß, Artikel "Wettbewerb", in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 8, S. 679 ff., hrsg. von Willi Albers u.a., Stuttgart u.a. 1980.
Hoppmann	Erich Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, S. 9 ff., hrsg. von Hans K. Schneider, Berlin 1968, = Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd. 48.
Hoth/Gloy	Jürgen Hoth, Zugabe und Rabatt, Kommentar zur Zugabeverordnung und zum Rabattgesetz, bearbeitet von Wolfgang Gloy, Berlin/New York 1973.
Immenga/Mestmäcker	Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, Kommentar, München 1981.
Johannson	Jürgen Johannson, Rabattgesetz und Einzelhandel: Eine Darstellung der Systematik der Wirkungen des Gesetzes über Preisnachlässe vom 25.11.1933, Diss. München 1977.
Kartte/Müller	Wolfgang Kartte und Klaus Müller, Zur Diskussion um ein allgemeines Diskriminierungsverbot, S. 33 ff. hrsg. vom Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V., Köln 1976, = FIW-Schriftenreihe, Heft 74.

Kisseler	Marcel Kisseler, Ist das Rabattgesetz noch zeitgemäß?, WRP 1975, 129.
Koenigs	Volkmar Koenigs, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041.
Kraft, Berücksichtigung	Alfons Kraft, Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, FS für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, S. 223 ff., hrsg. von Wolfgang Harms u.a., Berlin 1973.
Kraft, Wirtschaftsstörungen	derselbe, Gemeinschaftsschädliche Wirtschaftsstörungen als unlauterer Wettbewerb?, GRUR 1980, 966.
Kurz/Rall	Rudi Kurz und Lothar Rall, Behinderungsmißbrauch. Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung, Gutachten im Auftrag des Bundesministers der Wirtschaft, Tübingen 1983, = Schriftenreihe des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung Tübingen, Bd. 40.
Kurzprotokoll	Auszug aus dem Kurzprotokoll der 166. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik - 21. Ausschuß - des Deutschen Bundestages, am 1.3.1957, in: Für und Wider ein allgemeines Diskriminierungsverbot, S. 85 ff., hrsg. vom Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V., Köln 1976, = FIW-Schriftenreihe, Heft 74.
Lehmann, Wettbewerbsrecht	Michael Lehmann, Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz, Teil II, GRUR 1977, 633.
Lehmann, Anmerkung 1	derselbe, Anmerkung zu BGH GRUR 1977, 794, 795.
Lehmann, Anmerkung 2	derselbe, Anmerkung zu BGH GRUR 1978, 375, 377.
Lehmann, Bemerkungen	derselbe, Wettbewerbs- und warenzeichenrechtliche Bemerkungen zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1983 - Verkauf unter Einstandspreis II, GRUR 1984, 313.

Markert	Kurt Markert, Artikel "Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen", in: Handbuch des Wettbewerbs, S. 297 ff., hrsg. von Helmut Cox, Uwe Jens und Kurt Markert, München 1981.
Maunz/Dürig/ Herzog/Scholz	Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz u.a., Grundgesetz, Kommentar, München, Loseblattwerk, Stand: Oktober 1984.
Mestmäcker, Medienkonzentration	Ernst-Joachim Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt. Eine vergleichende wirtschaftsrechtliche Untersuchung im Auftrage des Bundesministers des Innern, Baden-Baden 1978, = Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 54.
Mestmäcker, Wettbewerb	derselbe, Der verwaltete Wettbewerb: Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984, = Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 19.
Michel/Weber/Gries	Elmar Michel, Hans W. Weber und Gerhard Gries, Das Rabattgesetz, Kommentar, 2. Auflage München/Berlin 1957.
Mickwitz	Gösta Mickwitz, The Means of Competition at Various Stages of Production and Distribution, deutsche Übersetzung von K. Herdzina, in: Wettbewerbstheorie, S. 275 ff., hrsg. von Klaus Herdzina, Köln 1975.
Möschel, Wettbewerb	Wernhard Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, in: Tradition und Fortschritt im Recht, FS zum 500-jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, S. 333 ff., hrsg. von Joachim Gernhuber, Tübingen 1977, = Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 46.
Möschel, Pressekonzentration	derselbe, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz: Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressebereich, Tübingen 1978, = Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 50.

Möschel, Idee	derselbe, Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute: Am Beispiel der gezielten Kampfpreisunterbietung, Ordo 30 (1979), 295.
Möschel, Entflechtungen	derselbe, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Studie, Tübingen 1979, = Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 16.
Möschel, Recht	derselbe, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1983.
Nordemann	Wilhelm Nordemann, Der verständige Durchschnittsgewerbetreibende: Zum Begriff der "guten Sitten" in § 1 UWG, GRUR 1975, 625.
Oehme	Wolfgang Oehme, Handels-Marketing: Entstehung, Aufgabe, Instrumente, München 1983.
Prölls	Jürgen Prölls, Zur Rabattgewährung durch den Unternehmer bei Mitwirkung Dritter, DB 1967, 1355.
Raiser	Ludwig Raiser, Marktbezogene Unlauterkeit, in: Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, FS für Eugen Ulmer zum 70. Geburtstag, = GRUR Int. 1973, Heft 6/7, S. 443 ff.
Reich/Tonner/ Wegener	Norbert Reich, Klaus Tonner und Hartmut Wegener, Verbraucher und Recht: Überholte Konzeptionen, Lücken und Mängel in wichtigen Verbraucherschutzgesetzen und der Praxis der Rechtsprechung, Göttingen 1976, = Schriften der Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, Bd. 120.
Reich/Micklitz	Norbert Reich und Hans-W. Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Studie im Auftrag der EG-Kommssion, New York u.a. 1980.
Reich	Norbert Reich, Artikel "Preisempfehlung und Preisbindungsverbot", in: Handbuch des Wettbewerbs, S. 367 ff., hrsg. von Helmut Cox, Uwe Jens und Kurt Markert, München 1981.
Reimann	Günter Reimann, Sondernachlässe und "Preisdiskriminierung", WRP 1955, 179

Reimer/v. Gamm	Eduard Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht: Systematischer Kommentar, 2. Band, Teil X, 4. Auflage von Otto Friedrich Freiherr von Gamm, Köln u.a. 1972.
Röper	Burkhard Röper, Ansätze zu einer marktüberschreitenden Wettbewerbstheorie - abgeleitet aus Strategien für Mehrproduktunternehmen (Produkt-Portfolio-Konzept), in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, S. 101 ff., hrsg. von Burkhard Röper, Berlin 1982, = Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd. 124.
Roth	Wulf-Henning Roth, Das amerikanische Diskriminierungsverbot, in: Für und Wider ein allgemeines Diskriminierungsverbot, S. 1 ff., hrsg. vom Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V., Köln 1976, = FIW-Schriftenreihe, Heft 74.
Sachon, Problematik	Werner P. Sachon, Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Vertriebs von Freistücken auf den Märkten der Fachpresse, WRP 1980, 659.
Sachon, Fachzeitschriftenvertrieb	derselbe, Fachzeitschriftenvertrieb und Wettbewerbsrecht, Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des BGH ("Back-Journal") und zu den Bestrebungen zur Schaffung von Wettbewerbsregeln für den Fachzeitschriftenvertrieb, WRP 1982, 183.
Sack, Wirtschaftspolitik	Rolf Sack, § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247
Sack, Wettbewerb	derselbe, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, GRUR 1975, 297.
Sack, Adressatenkreis	derselbe, Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, GRUR 1975, 511.
Sambuc	Thomas Sambuc, Monopolisierung als UWG-Tatbestand, GRUR 1981, 796.
Samwer	Sigmar-Jürgen Samwer, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, 326.
Schaal	Peter Schaal, Rabatt- und Konditionenpolitik, in: Marketing, Bd. 2, Abschnitt 3.2.3.4., hrsg. von Ludwig F. Poth, Neuwied, Loseblattwerk, Stand: Oktober 1978.

Scherhorn, Verbraucherinteresse	Gerhard Scherhorn u.a., Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975, = Schriften der Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, Bd. 17.
Scherhorn, Funktionsfähigkeit	derselbe, Die Funktionsfähigkeit der Konsumgütermärkte, in: Marktpsychologie, S. 45 ff.,hrsg. von Martin Irle, Göttingen 1982.
Schiltz	Karl-Heinz Schiltz, Wettbewerbspolitische Probleme bei der Errichtung von Shopping Centers, Wuppertal 1977.
Schluep, Wettbewerb	Walter P. Schluep, Vom lauteren zum freien Wettbewerb, in: Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, FS für Eugen Ulmer zum 70. Geburtstag, = GRUR Int. 1973, Heft 6/7, S. 446 ff.
Schluep, Begriff	derselbe, Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung, in: Recht und Wirtschaft heute, FG für Max Kummer, S. 487 ff., hrsg. von Hans Merz und Walter R. Schluep, Bern 1980.
Schmalen	Helmut Schmalen, Preispolitik, Stuttgart u.a. 1982.
Schmidtchen	Dieter Schmidtchen, Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen: Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie, S. 11 ff., hrsg. von Burkhardt Röper, Berlin 1982, = Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd. 124.
Scholz	Ulrich Scholz, Verkauf unter Selbstkosten oder zurück zur Verordnung über den Wettbewerb von 1934?, WRP 1983, 373.
Schricker	Gerhard Schricker, Deutsches Rabattrecht - weltweit? Bemerkungen zur Entscheidung des BGH vom 13. Mai 1977, "Weltweit-Club", GRUR 1977, 646.
Schulte-Braucks	Reinhard Schulte-Braucks, Die Diskussion um die Reform des Pobinson-Patman-Act in den U.S.A., WRP 1977, 472.

Schulze zur Wiesche	J. Schulze zur Wiesche, Anmerkung zu BGH GRUR 1979, 781, 782.
Schwalbe	Heinz Schwalbe, Marketing-Praxis für Klein- und Mittelbetriebe, 2. Auflage, Freiburg i.Br. 1980.
Skiba	Günther Skiba, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik: Eine wettbewerbspolitische Untersuchung des Diskriminierungskonzepts der Preistheorie, Frankfurt a.M. 1971, ', = Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, B.d 20.
Sölter	Arno Sölter, Der Januskopf des Preiswettbewerbs: Eine wettbewerbspolitische und kartellrechtliche Untersuchung über die Ambivalenz des Preisparameters am Beispiel der Absatzwirtschaft, Heidelberg 1984.
Spengler	Albrecht Spengler, Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln: Die Abwehr unlauteren Preisgebarens auf gesetzlicher und vertraglicher Grundlage, Düsseldorf 1955, = WuW-Schriftenreihe, Heft 2.
Stritzke	Otto Stritzke, Das Rabattgesetz, MuW 1934, 4.
Summerer	Lothar Summerer, Rechtsform und wirtschaftliche Bedeutung des Verbots der Preisdiskriminierung, WuW 1955, 353.
Tetzner	Heinrich Tetzner, Rabattgesetz, Kommentar, Berlin/Frankfurt a.M. 1963.
P. Ulmer, Rabattgesetz	Peter Ulmer, Rabattgesetz und Wettbewerbsordnung, in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, FS für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, S. 201 ff., hrsg. von Philipp Möhring, Peter Ulmer und Günther Wilde, Heidelberg 1971.
P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb"	derselbe, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565.
P. Ulmer, Konkurrentenbehinderung	derselbe, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen: Eine Zwischenbilanz, in: Recht und Wirtschaft heute, FG für Max Kummer, S. 565 ff., hrsg. von Hans Merz und Walter R. Schluep, Bern 1980

P. Ulmer, Verbraucherpreisempfehlung	derselbe, Verbraucherpreisempfehlung und Rabattverbot: Zur Problematik faktischer Bindungswirkung von Preisempfehlungen für Kraftfahrzeuge aufgrund von Preisangabenverordnung und Rabattgesetz, in: Beiträge zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Wirtschaftsrecht, FS für Eugen Ulmer zum 80. Geburtstag, = GRUR Int. 1983, Heft 6/7, S. 611 ff.
Van den Bergh	Roger Van den Bergh, Nachfragemacht und Preiswettbewerb: Eine ökonomische und juristische, rechtsvergleichende Analyse, WRP 1983, 7 und 79.
Verbraucherbeirat	Empfehlungen des Verbraucherbeirats an die Bundesregierung vom 4. April 1974, WRP 1974, 327.
Weiß	Heinz-Dieter Weiß, Preisdifferenzierung und funktionsfähiger Wettbewerb: Eine Untersuchung zur Frage der wettbewerbspolitischen Begründung von Diskriminierungsverboten, Hamburg 1972.
Wild	Gisela Wild, Anmerkung zu OLG Nürnberg, WRP 1984, 351, 352.
Willemer	Dietrich Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, WRP 1976, 16.
Woll	Artur Woll, Der Wettbewerb im Einzelhandel: Zur Dynamik der modernen Vertriebsformen, Berlin 1964, = Quastiones Oeconomicae, Bd. 2.

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

BVerfG, Beschl. v. 11.4.67, 1 BvL 25/64, GRUR 1967, 605, Warenhaus-Rabatt.

BVerfG, Beschl. v. 8.11.83, 1 BvR 1249/81, NJW 1984/81.

BGH, Urt. v. 18.4.58, I ZR 158/56, GRUR 1958, 487, Antibiotica.

BGH, Urt. v. 30.5.58, I ZR 134/56, BGHZ 27, 369, Elektrogeräte.

BGH, Urt. v. 23.1.59, I ZR 158/57, GRUR 1959, 326, Kaffeeversandhandel.

BGH, Urt. v. 24.2.59, I ZR 54/58, GRUR 1959, 329, Teilzahlungskauf.

BGH, Urt. v. 3.3.61, I ZR 83/60, GRUR 1961, 367, Schlepper.

BGH, Urt. v. 10.6.64, Ib ZR 128/62, GRUR 1965, 96, 20% unter dem empfohlenen Richtpreis.

BGH, Urt. v. 22.12.65, Ib ZR 119/63, GRUR 1966, 323, Ratio.

BGH, Urt. v. 18.1.67, Ib ZR 64/65, GRUR 1967, 433, Schrankwand.

BGH, Urt. v. 15.5.68, I ZR 63/66, GRUR 1968, 595, Wiederverkäufer.

BGH, Urt. v. 17.9.69, I ZR 35/68, GRUR 1970, 33, Lockvogel.

BGH, Urt. v. 13.11.70, I ZR 49/69, GRUR 1971, 164, Discount-Geschäft.

BGH, Urt. v. 10.3.71, I ZR 73/69, GRUR 1971, 516, Brockhaus-Enzyklopädie.

BGH, Urt. v. 26.5.72, I ZR 123/70, GRUR 1973, 272, Fahrschul-Rabatt.

BGH, Urt. v. 12.1.73, I ZR 103/71, GRUR 1973, 477, Für den Osterkauf.

BGH, Urt. v. 26.1.73, I ZR 21/72, GRUR 1973, 418, Das goldene A.

BGH, Urt. v. 25.5.73, I ZR 27/72, GRUR 1974, 156,
Geld-Gewinnspiel.

BGH, Urt. v. 28.6.74, I ZR 62/72, GRUR 1975, 78,
Preisgegenüberstellung.

BGH, Urt. v. 3.7.74, I ZR 91/3, GRUR 1975, 320,
Werbegeschenke.

BGH, Urt. v. 7.5.76, I ZR 27/75, GRUR 1977, 264,
Miniaturgolf.

BGH, Urt. v. 24.10.75, I ZR 34/74, GRUR 1976, 259,
3 Wochen reisen - 2 Wochen zahlen.

BGH, Urt. v. 4.3.77, I ZR 122/75, LM Sonderveranst.AO Nr. 14,
Filialeröffnung.

BGH, Urt. v. 21.10.77, I ZR 8/76, GRUR 1978, 315,
Auszeichnungspreis II.

BGH, Urt. v. 4.11.77, I ZR 11/76, GRUR 1978, 185,
Taschenrechnerpackung.

BGH, Urt. v. 13.7.79, I ZR 128/77. GRUR 1979, 781,
radikal gesenkte Preise.

BGH, Urt. v. 6.10.83, I ZR 39/83, GRUR 1984, 204,
Verkauf unter Einstandspreis II.

RG, Urt. v. 18.12.31, II ZR 514/30, RGZ 134, 342,
Benrather Tankstelle.

OLG Oldenburg, Urt. v. 4.11.82, 1 U 167/82, WRP 1983, 359.

OLG Saarbrücken, Urt. v. 3.12.82, 1 U 152/82, WRP 1983, 235.

OLG München, Beschl. v. 10.1.83, 6 W 2608/82, WRP 1983, 357.

OLG Hamm, Urt. v. 8.3.83, 4 U 293/82, WRP 1983, 510.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.4.83, , 6 W 45/83, WRP 1983, 503.

OLG Nürnberg, Urt. v. 18.10.83, 3 U 1059/83, WRP 1984, 351.

OLG Frankfurt, Urt. v. 17.5.83, 6 U 74/83, GRUR 1984, 895.

Einleitung

Das Thema der Arbeit sind die Auswirkungen des Rabattgesetzes auf den Wettbewerb. Die Untersuchung durch einen Juristen muß zwangsläufig theoretisch erfolgen - der Einsatz statistischer Mittel bleibt ihm versagt. Jedoch auch Wettbewerbstheorie und Logik führen zu Antworten.

Eine eingehende Erörterung der Ausnahmen vom Rabattverbot des § 1 des Gesetzes unterbleibt - das Rabattverbot selbst ist theoretisch und praktisch das zentrale Problem. Auch wird sich nicht in der Dissertation eine Dissertation über allgemeine Wettbewerbstheorie finden, vielmehr wird an geeigneter Stelle der gewählte Ansatz knapp vorgestellt und begründet.

Die bisherige Forschung - gleich zu welchem Ergebnis die jeweilige Arbeit gelangt ist - erleichtert die Untersuchung sehr. Unter den Befürwortern des Rabattgesetzes in neuerer Zeit schärfen Kisseler [1] und Doepner [2] das Bewußtsein für die im Zusammenhang mit Rabatten sich stellenden Fragen der Irreführung - insbesondere über kompensierende Preisanhebungen -, des Anlockens, der Benachteiligung Schwacher und der Beeinträchtigung der Markttransparenz. Dabei wird die mittelstandsschützerische Zielsetzung des Rabattgesetzes verneint oder wenigstens zurückgestuft.

Andererseits zeigt bereits 1961 Koenigs [3] die Zusammenhänge zwischen Preiswettbewerb, Preisdifferenzierungen und Rabatten auf und folgert daraus eine Abschwächung des Preiswettbewerbs durch das Rabattgesetz. Den notwendigen Schutz des Wettbewerbs hält er für erreichbar über §§ 1, 3 UWG.

---

1) WRP 75, 129.
2) GRUR 76, 16.
3) NJW 61, 1041.

P. Ulmer vertieft diese Gesichtspunkte unter Betonung der Einheit der Wettbewerbsordnung.[1] Die Tendenz zur Preisbindung durch das Zusammenwirken des Rabattgesetzes mit Preisempfehlungen und Preisangabenrecht ist Gegenstand einer weiteren seiner Arbeiten.[2] Eine detaillierte Darstellung der Regelungen des Rabattgesetzes liegt von Johannson vor,[3] in der auch das geschichtliche Umfeld der Entstehung des Rabattgesetzes aufgearbeitet ist.

Was noch fehlt, ist ein Versuch, die zugunsten des Rabattgesetzes vorhandenen Argumente systematisch und detailliert anhand allgemeiner Kategorien des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbstheorie zu durchleuchten. Die vorliegende Arbeit macht diesen Versuch.

Zu Beginn stellt sie den Regelungsinhalt des Rabattgesetzes dar mit besonderem Eingehen auf das Rabattverbot in seiner praktizierten Auslegung.

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt in der Untersuchung der lauterkeitsrechtlichen Begründung für das Rabattgesetz. Die einzelnen Argumente werden dazu grob den drei Kategorien des Schutzes der Marktgegenseite, des Konkurrentenschutzes und des Schutzes vor Nachfragemacht zugeordnet.

Beim Schutz der Marktgegenseite werden erörtert das "Feilschen", die Irreführungsgefahr, übertriebenes Anlocken und Diskriminierung. Zum letzten Gesichtspunkt bleiben wettbewerbstheoretische Gesichtspunkte weitgehend ausgeklammert, diese gehören zur Preisdifferenzierung, die im folgenden Teil behandelt wird.

---

1) Rabattgesetz.
2) Verbraucherpreisempfehlung.
3) Johannson.

Die Untersuchung des Konkurrentenschutzes verlangt zuvorderst eine Darlegung des gewählten wettbewerbstheoretischen und -politischen Ansatzes. Hieraus können Folgerungen für den Preiswettbewerb hinsichtlich von Niedrigpreisstrategien und Preisdifferenzierungen getroffen werden. Letzter Schritt ist die Anwendung auf das Rabattgesetz unter den Gesichtspunkten Niedrigpreispolitik, Marktschließung, Markttransparenz, Aufweichung erstarrten Preiswettbewerbs und Flexibilität im Absatz.

Außerhalb des wettbewerbsrechtlichen Teils wird das Problem des Mittelstandsschutzes durch das Rabattgesetz behandelt, wobei auf die Umstände bei der Schaffung des Gesetzes einzugehen ist. Damit schließen zugleich die inhaltlichen Ausführungen.

1. Die Regelung des Rabattgesetzes, das Rabattverbot

1.1. Übersicht

Das Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25. November 1933 enthält in § 1 Abs. 1 ein grundsätzliches Verbot für die Gewährung von Preisnachlässen bei der Veräußerung von Waren im geschäftlichen Verkehr und der Ausführung gewerblicher Leistungen, wobei für diese Waren oder Leistungen ein täglicher Bedarf bestehen muß und der Kunde letzter Verbraucher zu sein hat.

Dieses Verbot der Rabattgewährung ist erweitert um das des Ankündigens von Rabatten.

§ 1 Abs. 2 definiert als Rabatt sowohl den Nachlaß von dem Preis, den der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert, als auch den Sonderpreis, den der Unternehmer einem bestimmten Verbraucherkreis einräumt.

Vom grundsätzlichen Rabattverbot werden Ausnahmen für Barzahlungs-, Mengen- und Sondernachlässe gemacht. § 2 begrenzt die Höhe des Barzahlungsnachlasses auf 3%. Der Mengennachlaß hingegen ist durch § 7 auf das Maß des Handelsüblichen beschränkt. Als Sonderrabatte versteht § 9 solche für Verwerter, Großverbraucher und Unternehmensangehörige.

§ 10 verbietet die Kumulierung von mehr als zwei Rabattarten pro Geschäft.

1.2. Auslegung des Rabattverbotes

Die Wirkung des Rabattgesetzes wird wesentlich von seinem sachlichen Geltungsbereich bestimmt, der im Rabattverbot

des § 1 geregelt ist. Denn fällt eine Verhaltensweise in den Geltungsbereich des Rabattgesetzes, so unterliegt sie zugleich dem Rabattverbot mit seinen bestimmten und eng begrenzten Ausnahmen.[1] Die Auslegung der wichtigsten Tatbestandselemente des § 1 RabG in der Praxis ist daher bestimmend für die Auswirkungen des ganzen Gesetzes. Sie ist im folgenden nachzuzeichnen.

1.2.1. Waren und Leistungen des täglichen Bedarfs

Mit Bezugnahme auf aus dem 1. Weltkrieg stammende Kriegsverordnungen[2] werden unter Waren und Leistungen des "täglichen Bedarfs" all die verstanden, an denen "in weiten Kreisen der Bevölkerung jederzeit ein Bedürfnis auftreten kann".[3] Als nicht zum täglichen Bedarf gehörig werden betrachtet z.B. Luxusartikel, worunter aber nicht die Brockhaus-Enzyklopädie fallen soll.[4] Aber auch ganze Miniaturgolfanlagen seien weder Luxusgegenstände, noch sei ihr Abnehmerkreis sehr klein oder trete für sie nur selten ein Bedarf auf.[5]

Dem entspricht es, daß die industrielle Produktion eines Gegenstandes als Indiz dafür angesehen wird, daß an ihm ein "täglicher Bedarf" besteht.[6] Umgekehrt gelten als typische Gegenstände des nicht-täglichen Bedarfs "wertvolle Konzertinstrumente",[7] "seltene oder ganz besonders teure Spezial

---

1) P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 205.
2) BGH GRUR 77, 264, 265 (Miniaturgolf).
3) BGH GRUR 71, 516, 517 (Brockhaus-Enzyklopädie); Baumbach/Hefermehl, § 1 RabattG, Rn. 3-5.
4) BGH a.a.O.
5) BGH GRUR 77, 264, 265 f. (Miniaturgolf).
6) Tetzner, § 1, Rn. 33, 40.
7) Michel/Weber/Gries, § 1, Rn. 32.

maschinen".[1] Jedoch ist bei diesen Gegenständen im Einzelfall zu prüfen, ob für sie ein Normalpreis[2] existiert. Häufig wird es sich bei ihnen um Unikate handeln. Sofern der Verkäufer für sie einen bestimmten Preis gefordert hat und dann nachgibt, handelt es sich um eine Preissenkung und nicht um einen Nachlaß, da der alte Preis nicht mehr vorhanden ist.[3]

Durch diese Auslegung verliert der "tägliche Bedarf" erheblich an eigener Unterscheidungskraft . Bei der Prüfung, ob ein Gegenstand Luxus ist, muß man in Zeiten eines breiten Wohlstandes und hoher Kaufkraft stets mit einem "Nicht-Mehr" der Rechtsprechung rechnen. Die im wesentlichen als zulässig noch bleibenden Veräußerungen von Unikaten sind jedoch zahlenmäßig so gering, daß sie vernachlässigt werden können.

1.2.2. letzter Verbraucher

"Letzter Verbraucher" ist derjenige, der den betrachteten Gegenstand ohne den Willen erwirbt, ihn weiter umzusetzen.[4] Ausgenommen wird hiervon beispielsweise der Erwerb von Gegenständen, die als Werbegeschenke verwendet werden sollen, letzteres sei auch ein Umsatzvorgang.[5] Letzter Verbraucher ist jedoch auch der Gewerbetreibende für seinen gewerblichen Bedarf, hier liegt der Unterschied zum privaten Verbrauch.[6] Ein industrielles Großunternehmen ist also letzter Verbraucher hinsichtlich seines Bürobedarfs, nicht aber hinsichtlich eines vom Zulieferer für eine Serie beschafften Kleinteils.

---

1) Reimer/von Gamm, § 1, Rn. 22.
2) dazu unten 1.2.3.
3) Tetzner, § 1, Rn. 42.
4) BGH GRUR 68, 595, 597 (Wiederverkäufer).
5) BGH GRUR 75, 320, 321 (Werbegeschenke).
6) BGH GRUR 68, 595, 597 (Wiederverkäufer).

Das Prinzip, die Rabattgewährung auf der letzten Handelsstufe einzuschränken, wird also strikt durchgehalten ohne Rücksicht darauf, daß aus wirtschaftlicher Sicht zwischen beiden Beschaffungsvorgängen kein relevanter Unterschied festzustellen sein kann. Eine gewisse Entschärfung kann der Großverbraucherrabatt nach § 9 Nr. 2 bieten, wobei jedoch von vornherein vereinbart sein muß, daß eine Großabnahme stattfinden wird.[1)]

1.2.3. Normalpreis

Ein Rabatt im Rechtssinne setzt gemäß § 1 Abs. 2 als Bezugspunkt den Preis voraus, den der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert, den sogenannten "Normalpreis". "Nur wenn ein solcher Normalpreis festgestellt werden kann, ist von dem Unternehmer eine Norm gesetzt, die er zu beachten hat..., nur dann kann die vom Rabattgesetz geforderte Beziehung zwischen dem Allgemeinpreis und der Preisherabsetzung bestehen und von einem Preisnachlaß im Sinne des Rabattgesetzes die Rede sein".[2)]

Für die Frage, ob ein Normalpreis vorliegt, stellt die Rechtsprechung ab auf den "Empfängerhorizont": " Bei der Beurteilung der Frage, ob der Unternehmer einen Normalpreis im Sinne des § 1 Abs. 2 RabG angekündigt hat, kommt es entscheidend nicht darauf an, wie der Unternehmer die Ankündigung verstanden wissen wollte, sondern darauf, wie sie von den angesprochenen Verkehrskreisen verstanden wird".[3)]

Konsequenz ist, daß auch für eine tatsächliche Preissenkung eine Werbung mit den Begriffen "Rabatt" und "Nachlaß" verboten ist.[4)]

---

1) Baumbach/Hefermehl, § 9 RabattG, Rn. 6.
2) BGH GRUR 58, 487, 491 (Antibiotica).
3) BGHZ 27, 369, 1. Leitsatz (Elektrogeräte).
4) BGH GRUR 67, 433 (Schrankwand); GRUR 61, 367, 368 (Schlepper).

Schwierigkeiten der Abgrenzung werden bei den Fällen sichtbar, in denen es um die Frage geht, ob der Unternehmer überhaupt einen Normalpreis hat.

Stellt ein Unternehmer in seiner Werbung heraus, daß er "20% unter dem empfohlenen Richtpreis" verkaufe, so wird ein Rabattverstoß verneint, weil der empfohlene Richtpreis in dieser werblichen Verwendung gerade nicht als Normalpreis auffaßbar sei.[1] Unrichtige Vorstellungen des Publikums über den Charakter der Preisempfehlung seien gerade durch solche Werbung zu beseitigen.[2]

Ist die Ware hingegen mit einem Preis ausgezeichnet, der für den unmittelbaren Kunden überhaupt nicht gelten soll, beispielsweise im Fall des Direktverkaufs ab Lager vom Großhändler an den Verbraucher, so muß laut Rechtsprechung damit gerechnet werden, daß der Endverbraucher den Auszeichnungspreis als Normalpreis auffaßt.[3] Diese Ansicht über das Verbraucherverhalten hat sich derart "normativ" verfestigt, daß der Unternehmer die Kunden vielfach schriftlich und mündlich auf eine andere Funktion der Preisauszeichnung - nämlich nur Kalkulationsgrundlage zu sein - hinweisen kann, ohne daß von der Auffassung abgewichen wird, in den Augen der Letztverbraucher sei dies der Normalpreis.[4] Obwohl das Problem im Feld zwischen irreführender Werbung und der Funktion der Preisauszeichnung angesiedelt ist, hat die Rechtsprechung zum Werkzeug "Rabattverbot" gegriffen. Diese Lösung wirkt zum einen gezwungen, zum anderen weitet auch sie den Geltungsbereich des Rabattgesetzes aus.

Noch mehr spitzt sich die Frage der Abgrenzung zwischen

---

1) BGH GRUR 65, 96, 101(20% unter dem empfohlenen Richtpreis).
2) a.a.O., S. 98 ff.
3) BGHZ 27, 369, 2. Leitsatz (Elektrogeräte).
4) BGH GRUR 78, 315 (Auszeichnungspreis II).

Normalpreis und Kalkulationsgrundlage zu in den Fällen der Kaufpreisermittlung unter Verwendung von Herstellerpreislisten. Besonders zum Kraftfahrzeughandel hat es im Gefolge der "Aktion unlauterer Wettbewerb" [1] hierzu in jüngster Zeit eine Serie oberlandesgerichtlicher Entscheidungen gegeben, die folgendermaßen resumiert werden kann: Ein Händler darf Herstellerpreislisten als Werbematerial auslegen, ohne die Listenpreise zu "Normalpreisen" werden zu lassen, weil ein Kaufpreis sich immer nur auf ein bestimmtes Fahrzeug beziehen kann, das als Einheit und nicht als Summe von Ausstattungsdetails gekauft wird.[2] Weiterhin kann allein die Tatsache, daß der Kaufpreis durch Summierung der Listenpreise mit nachfolgendem prozentualen Abschlag gebildet wird, die Listenpreissumme noch nicht zum Normalpreis machen, liegt so doch lediglich eine Art Aufschlagskalkulation auf anderer Basis und mit verkehrtem Vorzeichen vor.[3]

Dieser Kalkulation darf der Kunde auch noch beiwohnen, weil es ihm ohnehin möglich ist, die Kalkulation nachzuvollziehen.[4] Überschritten wird die Grenze des Zulässigen sicher dann, wenn nicht der kalkulierte Endpreis als "Hauspreis" angegeben wird, sondern als Preis die Listenpreissumme genannt und ein "Nachlaß" oder "Skonto" in unzulässiger Höhe zugesagt werden.[5] In diesem Fall findet sogar eine zweifache Bezeichnung der Listenpreissumme als Normalpreis statt, nämlich direkt durch ihre Bezeichnung als "Preis" und mittelbar durch die Bezeichnung des Abschlags als "Nachlaß". Dann aber kann die Listenpreissumme bereits dadurch zum Normalpreis werden, daß sie vom Händler dem Kunden schlicht genannt wird.[6] Die Grenze zwischen Recht

---

1) vgl. hierzu Creutzig, DB 84, 171.
2) vgl. OLG Hamm WRP 83, 510, 512; OLG Saarbrücken WRP 83, 235.
3) vgl. OLG Saarbrücken a.a.O.
4) OLG Hamm a.a.O.; OLG Frankfurt GRUR 84, 895, 896.
5) OLG Nürnberg WRP 84, 351.
6) OLG Oldenburg WRP 83, 359, 360; OLG Frankfurt a.a.O.; OLG Frankfurt WRP 83, 503.

und Unrecht liegt mithin bei der Frage, ob der Händler bei seiner Kalkulation den Kunden nur hat zuschauen lassen oder ob er ihn - und sei es durch einen Fingerzeig - so auf die Listenpreissumme hingewiesen hat, daß der Kunde dies als Aneignung dieser Summe auffassen konnte. Gerade weil dem Kunden bekannt ist, daß die Preislisten unverbindliche Preisempfehlungen enthalten,[1] ist zu erwägen, ob hier für die Feststellung eines Normalpreises durch die Rechtsprechung zu leichte Anforderungen gestellt werden. Ähnlich der Rechtsprechung zum Auszeichnungspreis ist jedenfalls auch hier der Geltungsbereich des Rabattverbotes weit ausgedehnt.

1.2.4. Angebotsdifferenzierung

Von der Rabattgewährung oder -ankündigung ausgegrenzt wird die Differenzierung des Angebots mit der Folge verschiedener Normalpreise für gleiche Gegenstände. Beispiele sind Angebote von Waren in einfacher und in geminderter Qualität,[2] von Einfach- und Mehrfachpackungen,[3] die zeitliche Differenzierung für Einführungsangebote[4] und die örtliche Differenzierung nach Filialen. Im Schrifttum[5] wird meist gefordert, daß die Preisdifferenzierung sachlich begründet sein müsse in der Angebotsdifferenzierung. Während solch eine Begründung in den anderen genannten Fällen von vornherein regelmäßig gegeben werden kann, wird bei der örtlichen Differenzierung nach Filialen oft einzig auf die jeweilige Wettbewerbssituation hingewiesen werden können. Kostengesichtspunkte, wie sie vom Schrifttum ins Auge gefaßt werden, scheiden da aus. Seitens des Bundesgerichtshofs jedoch

---

1) vgl. OLG Hamm a.a.O.
2) BGH GRUR 67, 433 (Schrankwand).
3) BGH GRUR 78, 185 f. (Taschenrechnerpackung), unter konkretem Sachverhalt jedoch Rabattatbestand bejaht.
4) BGH GRUR 76, 259, 261 (3 Wochen reisen - 2 Wochen zahlen).
5) Beispiele: Hoth/Gloy, RabG, § 1, Rn. 45; Tetzner, § 1, Rn. 101 ff.; von Gamm, Nebengesetze, § 1 RabG, Rn. 24, 28.

wurde so eine gesteigerte Anforderung bisher nicht gestellt,[1] obwohl er bei anderen Gelegenheiten bemerkt hat, daß das Rabattverbot als Diskriminierungsverbot wirke.[2] Es bleibt daher abzuwarten, ob hier das letzte höchstrichterliche Wort bereits gesprochen ist.

1.3. Würdigung der Regelung, Voraussetzung wettbewerbsbeschränkender Wirkung

Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale von § 1 RabG in der Praxis läßt also den Rabattatbestand weit ausgreifen: Der Begriff "täglicher Bedarf" ist ohne relevante Unterscheidungskraft. Unter das Merkmal des letzten Verbrauchers fällt auch der gewerbliche Verbraucher. Die Rechtsprechung zum Auszeichnungspreis argumentiert mit einem ignoranten Verhalten der Verbraucher, um so zur Anwendung des Rabattatbestandes zu gelangen. Leichtere Tendenzen derselben Richtung finden sich bei der Behandlung des Herstellerpreislistenproblems. Anhand der örtlichen Preisdifferenzierungen muß sich noch entscheiden, ob für Preisspaltungen generell eine Begründung verlangt oder ob sie zumindest als gegeben unterstellt wird.

Rabattwerbung und -gewährung auf der letzten Handelsstufe und bei gewerblichen Leistungen an Letztverbraucher sind mithin strikt auf die Ausnahmetatbestände der Barzahlungs-, Mengen- und Sondernachlässe begrenzt. Innerhalb dieses Regelungsbereiches sind die Marktbeteiligten daher gehindert, freien Gebrauch vom Mittel des Preisnachlasses zu machen. Der Rabatt jedoch wird in der Betriebswirtschaftslehre ohne Einschränkung als Instrument der Preispolitik verstanden.[3] Folglich schränkt das Rabattgesetz innerhalb seines Rege-

---

1) BGH LM Sonderveranst.AO Nr. 14 a.E. (Filialeröffnung) behandelt den zugrundeliegenden Sachverhalt rabattrechtlich nur unter dem Gesichtspunkt Rabattwerbung/Preisgegenüberstellung.
2) z.B. BGH GRUR 73, 272 (Fahrschulrabatt).
3) z.B. Batzer u.a. S. 31; Schaal S. 45; Schmalen S.176; Gerhardt S. 30, 44 f.; Griesbach, DB 64, 1364; Schwalbe S. 70 f.

lungsbereichs die Anbieter, aber auch die Nachfrager, soweit man bei deren persönlichen Gegebenheiten (Privatverbraucher) davon sprechen kann, in ihrer Preispolitik ein.

Der Preis jedoch ist für die Marktbeteiligten der wohl markanteste Wettbewerbsparameter, womit verallgemeinert werden kann, daß das Rabattgesetz den Einsatz eines Wettbewerbsparameters in erheblicher Weise eingrenzt. Dies muß eine billigenswerte Funktion haben, da anderenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Die Wettbewerbsbeschränkung durch das Rabattgesetz unterstellt wäre zugleich eine hoheitliche Freiheitsbeschränkung: der Freiheit zur Verfügung über Eigentum, der Freiheit der Berufsausübung und damit auch der allgemeinen Handlungsfreiheit. Durch § 1 RabG als formalisiertem Verbotstatbestand läge zugleich die schärfste Form einer Wettbewerbsbeschränkung durch Gesetz vor.[1)]

So gesehen bedarf das Rabattgesetz als staatliche Gemeinwohlmaßnahme der andauernden Rechtfertigung: "Praktisch wichtiger ist, daß bei Angriffen gegen staatliche Sozialmaßnahmen der Staat dartun muß, ob sie noch im Gemeinwohl erforderlich sind. Hierin liegt das große verfassungsrechtliche - und verfassungsgerichtlich kontrollierbare - Regulativ gegen Verhärtungen einst gerechtfertigter Gemeinwohlmaßnahmen, vor allem gegen staatsbequeme "Verewigungen" seinerzeit erforderlicher Notstandsregelungen ... Es handelt sich hierbei um eine grundrechtliche Erkenntnis, die deshalb wichtig ist, weil das Staatliche und Normative geradezu naturgesetzlich zur Aufrechterhaltung einmal etablierter Beschränkungsnormen hintendiert - und zwar dies im modernen Verwaltungsstaat nicht aus der Ehrfurcht vor der Statik des Normativen überhaupt, sondern um einmal gegenüber dem Bürger gewonnene Handlungsfähigkeiten und sozialstaatliche Effizienzen

---

1) vgl. Mestmäcker, Wettbewerb, S. 100.

zu bewahren, die in Wirklichkeit stets neu vor der Verfassung legitimiert werden müssen."[1] Zu ergänzen ist, daß als weitere Ursache für die Aufrechterhaltung des Rabattgesetzes als wirtschaftsrechtlicher Verbotsnorm der Einfluß derer in Betracht kommt, in deren einstigem Interesse die Norm geschaffen wurde oder in deren aktuellem Interesse sie besteht. Das erste betrifft den mittelständischen Einzelhandel,[2] das zweite die Großbetriebsformen des Einzelhandels.[3]

---

1) Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 61.
2) dazu unten 3.
3) dazu unten 2.2.3.5.

2. Lauterkeitsrechtliche Begründung des Rabattgesetzes

Eine Klasse von Begründungen für das Rabattgesetz faßt es als lauterkeitsrechtliche Regelung auf. Der Ansatz findet sich bereits in der amtlichen Begründung,[1] wonach die Entwicklung der Preisnachlässe zu "Ausartungen" geführt hätte und das Gesetz diese starken Mißstände beseitigen solle.[2] Entsprechend formuliert die Rechtsprechung, daß das Gesetz "den Preisnachlaß als Mittel des Wettbewerbs unter Ausschaltung von Mißbräuchen auf ein angemessenes Maß zu beschränken" suche.[3] Von der Kommentarliteratur wird dies übernommen [4] und das Rabattgesetz häufig als Nebengesetz zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb kommentiert.

Auch die Meinung, das Rabattgesetz schütze den Leistungswettbewerb,[5] mißt ihm lauterkeitsrechtliche Bedeutung zu.

Eine Untersuchung dieses Ansatzes muß jedoch so geschehen, daß er die einzelnen, dafür vorgebrachten Argumente auffächert. Dabei kommen drei Gruppen von Interessenten an Rabattwerbung und -gewährung ins Blickfeld, die die Unterteilung der nächsten Stufe vorgeben: die nachfragenden Verbraucher als Marktgegenseite, die Mitbewerber des anbietenden Unternehmens und die anbietenden Unternehmer selbst. Die Frage, ob darüber hinaus die Allgemeinheit von Bedeutung ist, soll im Abschnitt über die Konkurrenten aufgegriffen werden.

---

1) Begründung.
2) a.a.O. S. 438.
3) BGH GRUR 59, 329, 331 (Teilzahlungskauf); ähnlich auch BGH GRUR 61, 367, 368 (Schlepper).
4) Baumbach/Hefermehl, Übersicht RabattG, Rn. 8; Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 1 ff.
5) Döll, Auslegung, BB 63, 319, 322; Fezer BB 76, 705, 714; Kisseler WRP 75, 129.

2.1. Schutz der Marktgegenseite/Verbraucherschutz

Wegen des Regelungsbereiches des Rabattgesetzes bedeutet Schutz der Marktgegenseite Verbraucherschutz. Dieser Zweck wird vielfach akzeptiert,[1] häufig aber auch als nachträglicher Begründungsversuch abgelehnt.[2]

2.1.1. Feilschen

Als erstes Argument für das Rabattgesetz sei die vorrangig in Leserbriefen, Interviews u.ä. auftauchende Meinung aufgegriffen, das "Feilschen" um den Preis sei dem deutschen Verbraucher nicht zumutbar, laufe seiner Mentalität zuwider. Eine Abneigung vor dem Ungewohnten, den "arabischen Bazarsitten" wird dem Verbraucher zugeschrieben.[3]

Was hier zur deutschen Mentalität hochstilisiert wird, ist jedoch Ausdruck einer industrialisierten und auch im Dienstleistungsbereich rationalisierten Volkswirtschaft. Waren werden in großen Stückzahlen und weitgehend gleichförmig produziert, Parallelen finden sich in noch geringerem Umfang im Dienstleistungsbereich, z.B. bei Banken und Versicherungen. Aufgrund der standardisierten Angebotsgegenstände und ihrer großen Stückzahlen ist es möglich und kalkulatorisch zweckmäßig, den Absatz ebenfalls zu standardisieren. Hierzu gehört eine Vereinheitlichung der Konditionen für die einzelnen

---

1) z.B. BGH GRUR 59, 329, 331 (Teilzahlungskauf); Baumbach/Hefermehl, Übersicht RabattG, Rn. 9; Doepner GRUR 76, 16, 18 ff.; Fezer BB 76, 705, 713; Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 2; Kisseler WRP 75, 129, 132.
2) Koenigs NJW 61, 1041, 1044; Schricker GRUR 77, 646, 647; Reich/Micklitz, Rn. 107; Verbraucherbeirat WRP 74, 327.
3) z.B. bei Döll, Auslegung, BB 63, 319, 322, ähnlich auch Wild ("orientalisches Prinzip des Handelns ") WRP 84, 353.

Absatzakte, in erster Linie des Preises. Standardisierung und Rationalisierung des Absatzes werden im Einzelhandel vor allem sichtbar bei den Gebrauchsgütern des periodischen Bedarfs. Bei neuen Scanner-Kassen tippt das Personal nicht einmal mehr den Preis in die Addiermaschine, sondern es bedient den Automaten nur noch mit Heranführen mit Artikelnummer ausgezeichneter Ware an die optische Leseeinrichtung, worauf der Automat den aktuellen Preis dem Datenbestand entnimmt und addiert. Hier wird sichtbar, daß der Verbraucher sich Optionen gegenübersieht - dem Vertreter des Anbieters ist es unmöglich, über den Preis zu verhandeln. Unter den Bedingungen dieser "Optionsmärkte" kann der Verbraucher nur auf die Angebote reagieren, nicht aber gestaltend auf die Angebotsbedingungen einwirken. Als Kehrseite gehen dem Anbieter originäre Informationen über die Bedarfsvorstellungen der Verbraucher verloren, er erhält sie nur mit zusätzlichem Aufwand über Kundenabwanderung, Marktforschung etc.[1]

Auf diese allgemeine Tendenz hat die behauptete Mentalität nicht erkennbar eingewirkt. Andererseits darf als bekannt unterstellt werden, daß zumindest in bestimmten Sektoren des Handels mit höherwertigen Konsumgütern des aperiodischen Bedarfs, für die noch Beratung gefordert wird und bei denen folglich die Umschlagsgeschwindigkeit geringer ist, wie z.B. Elektrogeräten, optischen Geräten, Pelzwaren, PKWs, der Preis vom Verbraucher nicht mehr als Datum akzeptiert wird, sondern verbreitet "Feilschen" stattfindet.[2]

Weiterhin impliziert die geschilderte Meinung, daß die rechtliche Möglichkeit des "Feilschens" den tatsächlichen Zwang dazu schaffen würde. Denn anderenfalls könnte jeder Verbraucher, dem zu "feilschen" nicht liegt, davon schlicht Abstand nehmen, er wäre nicht betroffen von einer Aufhebung des

---

1) vgl. Scherhorn, Funktionsfähigkeit, S. 65 f., 74 f.; derselbe, Verbraucherinteresse, S. 42.
2) vgl. P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 215.

Rabattverbots. Woher aber ein solcher Zwang rühren soll, ist nicht ersichtlich.

Zuletzt muß gefragt werden, weshalb die behauptete Verbrauchermentalität auch rechtlich abgesichert sein soll. Wählt man als Leitbild den aktiven, kritischen Verbraucher, so ist unverständlich, weshalb es vor dem Auszeichnungspreis enden soll.[1)]

Das Stichwort "Feilschen" vermag daher dem Rabattverbot keine Funktion zuzuweisen.

2.1.2. Irreführungsgefahr

Vor allem der Rabattwerbung wird die Befürchtung entgegengebracht, sie trage die Gefahr der Irreführung der Verbraucher in sich.

Außer dem kaum tragfähigen Ansatz Spenglers, daß der erhebliche Irrtum des Kunden darin liege, daß alle anderen denselben Preis wie er selbst zahlen müssen,[2)] ist die Begründung immer die, daß einer Rabattwerbung oder weitgehenden -gewährung ein Höherkalkulieren der Ware vorausgegangen sein müsse. Deshalb finde eine Täuschung über allgemeines Preisniveau der Ware, Preisbildung des Anbieters und Preiswürdigkeit des Angebots statt, die einen Kaufentschluß auslösen könne.[3)]

Diese Begründung ist nicht zwingend.

---

1) ebenso Johannson S. 56.
2) Spengler S. 12.
3) Stritzke MuW 34, 4; Doepner GRUR 76, 16, 19; Fezer BB 76, 705, 713; Kisseler WRP 75, 129, 131; Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 2.

2.1.2.1. Zwang zum kompensierenden Höherkalkulieren

Die Behauptung, vor der Rabattgabe müsse der Preis in die Höhe kalkuliert worden sein, setzt voraus, daß die Kosten nicht gefallen sind und daß der Stückgewinn gleich gehalten werden soll. Jedoch gibt es eine Vielzahl von Möglichkeiten, aufgrund derer externe oder interne Kosten des Anbieters gefallen sein können, einschließlich eines autonomen absatzpolitischen Entschlusses eines Vorlieferanten zur Preissenkung. Ebenso können die Nachlässe auf einem Verzicht auf Stückgewinn beruhen.

Hierfür sind wiederum verschiedene Motive denkbar,[1] zum Beispiel das, bei verderblichen oder modischen Waren am Ende der möglichen Verkaufszeit wenigstens einen geringeren Gewinn oder gar nur einen Beitrag zu den Kosten zu erhalten. Weiterhin mag der Anbieter durch Nachlässe neue Kundenschichten mit geringerem frei verfügbarem Einkommen erschließen wollen, die bisher vom Erwerb absehen mußten. Auch kommt bei einem Mehrproduktunternehmen Kundenwerbung mit dem Ziel in Betracht, außer dem Bezug der verbilligten Ware Bedarfsdeckung aus dem übrigen Sortiment zu erreichen. Es sind also die gleichen Motive, die auch einer ausdrücklichen Preissenkung zugrundeliegen können.

Hierbei ist der Rabatt als Instrument schon durch die Werbekraft des Wortes selbst attraktiv. Hinzu kommt die Möglichkeit, auf die Preisaus- bzw. -umzeichnung zu verzichten, da die Preisangaben-Verordnung vom 10.5.73 [2] in § 1 Abs. 1 S. 1 nur die Preisangabe "unabhängig von einer Rabattgewährung" verlangte. Weil die erneute Preisauszeichnung aufwendig wäre, würden mit ihr beträchtliche Kosten entstehen.[3]

---

1) dazu näher unten 2.1.4.3.3.2. ff.
2) nichtig gemäß der Entscheidung BVerfG NJW 84, 861.
3) vgl. Woll, S. 115.

Im Beispiel der Erschließung neuer Kundenschichten bietet der Rabatt i.S.d. Gesetzes darüber hinaus die Möglichkeit, mit Sonderpreisen für die Zielgruppe zu arbeiten, was bei unveränderten Preisen für die anderen Kunden naturgemäß dem Gesamtgewinn zugute kommt. Rabattwerbung, allgemeine und vielfache Rabattgewährung setzen daher nicht eine vorhergehende Preiserhöhung voraus.

2.1.2.2. Irrtumsobjekte

Auch die befürchtete Irreführung der Verbraucher bedarf der Untersuchung. Hierbei geht es nicht banal um eine Täuschung über das sachliche Angebot, wie beispielsweise einen Sachmangel, oder eine falsche Berechnung des Nachlasses und des Endpreises.

Ansatz für eine Irreführung des Verbrauchers kann aber der Normalpreis sein. Ein Irrtum läge vor, wäre dieser Preis eben nicht angekündigt oder allgemein gefordert. Entsprechend der Rechtsprechung zur irreführenden Werbung mit dem Preis nach § 3 UWG gehört dazu auch der Fall, daß der Normalpreis nur formal, nicht aber "ernsthaft" gefordert wird oder wurde,[1] zum Beispiel, wenn eine allgemeine Rabattgewährung eine dauernde Angleichung an den niedrigeren Marktpreis verhüllen soll.[2]

Hingegen darf es allein auf den Umstand, daß der ernsthaft geforderte Normalpreis möglicherweise nennenswert über dem Marktpreis liegt, nicht ankommen. Sieht man hierbei von der Rabattgewährung ab, so bleibt als möglicher Irrtum des Verbrauchers übrig, daß er den Normalpreis für im Marktpreisniveau liegend hält. Ist dieser Irrtum aber nicht durch zusätzliche Angaben des Anbieters hervorgerufen, so ist die Vorstellung des Verbrauchers nicht schutzwürdig: Der Anbieter hat seinen Preis bekanntgemacht, er kann nicht verpflichtet

---

1) BGH GRUR 75, 78, 79 (Preisgegenüberstellung).

werden, darüberhinaus die Relation seines Preises zum Marktpreis auch nur festzustellen, geschweige denn zu publizieren oder seinen Preis anzupassen. Bewertung und Reaktion sind dem Marktmechanismus überlassen. Jedem Anbieter muß es erlaubt sein, mit schlicht preisungünstigen Angeboten Werbung zu versuchen. Rabattankündigung und -gewährung an sich berühren diesen Gedankengang nicht. Folglich ist die Höhe des Normalpreises unmaßgeblich für die Frage nach möglicher Irreführung.[1)]

Ein erheblicher Irrtum könnte jedoch in der Vorstellung liegen, die Endpreise seien besonders günstig, niedriger als der Marktpreis. Hierzu bietet sich die Parallele der Discount-Preis-Rechtsprechung an: "Wirbt ein Einzelhändler mit dem Begriff "Discount-Preis", so wird regelmäßig ein erheblich niedrigerer Preis erwartet als im konkurrierenden Einzelhandel ...".[2)] In diesem Fall soll "Discount" den Preis selbst und unmittelbar kennzeichnen. Der Rabattatbestand unterscheidet sich hiervon dadurch, daß bei seinem Vorliegen zunächst nur eine Aussage über die Preisbildung getroffen ist sowie darüber, daß der Endpreis relativ zum Normalpreis günstiger ist. Beides ist - ceteribus paribus - wahr, und, wie oben gezeigt, sind aus der Angabe des Normalpreises keine Schlüsse auf dessen Günstigkeit zu ziehen, folglich auch nicht ohne weiteres auf den aus ihm durch offene Kalkulation gebildeten Endpreis.

Abgesehen von zusätzlichen, doppeldeutigen Angaben, die auch als Kennzeichnung des Endpreises nach seiner absoluten Höhe verstanden werden können, wie zum Beispiel "nur noch", vermag innerhalb des Rabattatbestandes die Höhe des Rabattsatzes eine

---

*2) P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 213; Johannson S. 63 f.

1) gegen P. Ulmer a.a.O.; skeptisch auch Johannson S.64.
2) BGH GRUR 71, 164, 1. amtl. Leitsatz (Discount-Geschäft).

Fehlvorstellung über die Günstigkeit des Endpreises hervorzurufen. Konkret müßte sich bei der Höhe des Rabattsatzes dem Verbraucher die - falsche - Vorstellung aufdrängen, so ungünstig könnte der Normalpreis gar nicht gewesen sein, als daß der nun sich ergebende Endpreis nicht besonders niedrig sei.

Dabei sind jedoch drei Dinge zu beachten: Der Verbraucher dürfte an die bei Sonderveranstaltungen bekanntgegebenen Prozentsätze so gewöhnt sein, daß Rabattsätze, die nur wenig von den drei Prozent des § 2 RabG abweichen, kaum auch nur seine Aufmerksamkeit zu wecken vermögen. Vermutlich müssen die Rabattsätze hierfür zweistellig sein.

Zum zweiten dürfte nach Produktbereichen zu differenzieren sein, da dem Verbraucher wohl bekannt ist, daß auf Märkten, auf denen z.B. Billigimporte eine wesentliche Rolle spielen, stärkere Verbilligungen zu erwarten sind, die eventuell nur den neuen Marktpreis anzeigen, als auf solchen Märkten, in deren Preise vor allem die inländischen Arbeitskosten eingehen.

Zuletzt ist anzunehmen, daß bei hohen Prozentsätzen entweder wirklich ein günstiges Angebot vorliegt oder aber der Normalpreis nicht ernsthaft gefordert wurde oder wird. Die Meinung, bei allgemeinen Rabattsätzen von mehr als drei Prozent liege regelmäßig Irreführung vor,[1] ist daher so nicht haltbar.

Es ist noch daran zu denken, daß durch Rabattwerbung eine Täuschung über das Gesamtpreisniveau stattfinden könnte, daß also aus der Günstigkeit des rabattierten Abgebots fälschlicherweise gefolgert würde, das gesamte Angebot sei ähnlich günstig - Stichwort Lockvogelwerbung. Jedoch verleiht gerade

---

1) Koenigs NJW 61, 1041, 1044; ähnlich P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 213.

das Festhalten am Normalpreis dem Angebot einen Ausnahmecharakter wie einem Sonderangebot,[1] weshalb ein Schluß vom einzelnen, rabattierten Angebot auf das Gesamtangebot ohne weitere, hinzutretende Umstände nicht möglich ist. Würde er trotzdem von Verbraucherkreisen gezogen, so würde wiederum die Schutzwürdigkeit dieser Fehlvorstellung fehlen.

Der Gesichtspunkt "Irreführungsgefahr durch Rabatte" ist daher wie folgt zusammenzufassen: Eine Täuschung des Verbrauchers kann einmal dadurch stattfinden, daß der Normalpreis nicht "ernsthaft" gefordert wurde oder wird, vor allem, wenn der Normalpreis vor der Rabattankündigung zweckhaft erhöht wurde oder wenn eine allgemeine Rabattgewährung eigentlich eine dauernde Angleichung an den Marktpreis ist. Beides sind lediglich Möglichkeiten, es läßt sich aber nicht sagen, daß sie zwingend mit der Erfüllung des Rabattatbestandes verbunden sind. Weiterhin könnte ein hoher Rabattsatz den Verbraucher zu der Vorstellung führen, der Endpreis sei besonders günstig, wobei es aber realistisch ist, anzunehmen, daß dann bereits der Normalpreis nicht echt war oder ist oder aber die Vorstellung des Verbrauchers zutrifft. Rabattwerbung und -gewährung an sich täuschen jedoch weder mittels eines über dem Marktpreis liegenden Normalpreises noch durch den Wortgebrauch von "Rabatt" und "Nachlaß" über die Preisgünstigkeit des in Bezug genommenen Einzelangebots, noch tun sie dies hinsichtlich des Gesamtangebots.

Als zu bewältigendes Problem bleibt somit die Fallgruppe des nicht ernsthaft geforderten Normalpreises.

---

1) zur Abgrenzung Lockvogel-/Sonderangebot: BGH GRUR 70, 33, 34 f. (Lockvogel).

2.1.2.3. Erforderlichkeit des Rabattgesetzes

Es ist die Frage,ob zur Bewältigung der - wie oben eingegrenzten - Irreführungsgefahr das Rabattgesetz erforderlich ist.

Es drängt sich geradezu auf, den notwendigen Schutz über § 3 UWG , soweit dieser Irreführung "über die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots" betrifft, herzustellen.[1] Wie bereits angedeutet,[2] gibt es für die Fälle der Werbung mit einer Preissenkung durch Preisgegenüberstellung die gefestigte Rechtsprechung, daß diese Werbung erlaubt ist,außer in den Fällen der Irreführung der Verbraucher. Eine solche wird insbesondere dann angenommen, "wenn der Werbende den als vorher gültig herausgestellten Preis überhaupt nicht oder jedenfalls nicht ernsthaft gefordert hat".[3] Hieraus läßt sich als Ratio gewinnen, daß ein mittels Bezugnahme auf einen anderen Preis, insbesondere einen eigenen Preis, sei er vergangen oder gegenwärtig, für den Endpreis werbender Anbieter nicht über seinen Bezugspunkt in die Irre führen darf, weil dieser gewollt eine wesentliche Information ist für die Willensbildung der Abnehmer. Unter diesen Obersatz fällt aber auch die Fallgruppe des vor oder während der Rabattgewährung nicht ernsthaft geforderten Normalpreises, da sich in ihr Normalpreis und Endpreis als zueinander in Beziehung gesetzte Preise gegenüberstehen. Ein Analogieschluß ermöglicht es somit, der mit Rabatten verbundenen Irreführungsgefahr zu wehren.

---

1) ebenso: Koenigs NJW 61, 1041, 1044; P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 213; Schricker GRUR 77, 646, 647; v. Godin, RabG, § 1, Anm. 2; Tetzner, Einleitung, Rn. 7; Woll S. 282; Johannson S. 43, 63-65, 106; wohl auch Hefermehl, Anmerkung, GRUR 67, 608.
2) oben 2.1.2.2., S. 19.
3) BGH GRUR 75, 78, 79 (Preisgegenüberstellung).

Sollten sich jedoch im Falle der Rabattfreigabe weitere Arten von Irreführung ergeben, so sollte es auch da möglich sein, entweder durch weitere Analogien zu den gesicherten Fallgruppen der bezugnehmenden Werbung mit dem Preis oder durch Rückgriff auf die Ratio von § 3 UWG insgesamt die richtige Lösung zu finden.

Die Bewältigung der Irreführungsproblematik über das UWG führt auch zu einer differenzierten Lösung, da gerade zu untersuchen ist, ob dem Rabatt-Verwender im Einzelfall wettbewerbswidriges Verhalten, konkret Irreführung, vorzuwerfen ist oder ob er wettbewerbskonform handelt. Demgegenüber führt das Rabattgesetz zu schematischen Ergebnissen: Das Rabattverbot mit seinen eng begrenzten Ausnahmen gibt zwar kaum Raum für erhebliche Irreführung innerhalb seines Regelungsbereiches, ebenso wenig Raum läßt es aber den nicht irreführenden Rabatten. Da gezeigt wurde, daß vermutlich nur eine Fallgruppe - die des nicht ernsthaft geforderten Normalpreises - eine Rolle spielen könnte, die dazuhin § 3 UWG zu unterstellen ist, kann der Schematismus nicht einmal als Gefährdungstatbestand aufrechterhalten werden.

Wird demgegenüber befürchtet, daß ein flexiblerer Schutz über das UWG zu viele Beweisschwierigkeiten biete,[1] so wird im Grunde erneut unterstellt, daß mit Rabattwerbung und -gewährung typischerweise Irreführungsgefahr verbunden sei. Nachdem das widerlegt worden ist, offenbaren sich die "Beweisschwierigkeiten" als Bewertungsproblem, nämlich der rechtlichen Unterscheidung von wettbewerbswidrigen und wettbewerbskonformen Rabattpraktiken.

Das Rabattgesetz findet somit auch keine Rechtfertigung im Schutz der Verbraucher vor Irreführung.

---

1) z.B. Doepner GRUR 76, 16 21; Michel/Weber/Gries, Einleitung, Rn. 5.

2.1.3. übertriebenes Anlocken

Der Rabattwerbung wird ferner nachgesagt, sie besitze starke, attraktive, werbepsychologisch gefährliche Werbekraft, sei ein starker Anreiz.[1] Damit ist wohl gemeint, Rabattwerbung tendiere zum "übertriebenen Anlocken" im Sinne der zu § 1 UWG entwickelten Kategorie unlauteren Wettbewerbs.[2]

Diese Meinung könnte sich zum einen auf den sachlichen Gehalt des Rabattatbestandes, zum anderen auf die Wortwahl beziehen.

2.1.3.1. Rabattatbestand

Sachlich ist das Inaussichtstellen eines Rabattes gleichbedeutend mit dem eines niedrigeren Preises. Das Preisangabenrecht - seine Neuschaffung unterstellt - ermöglicht es dem Verbraucher, wenn der Rabattsatz angegeben ist, den Endpreis zu errechnen oder hinreichend genau abzuschätzen. Ist der Rabattsatz nicht angegeben, so ist noch immer der Normalpreis als Obergrenze bekannt, andererseits aber sonst nichts, weshalb dem Verbraucher unbekannt ist, ob die Abweichung vom Normalpreis überhaupt erheblich ist. Das Anlocken könnte dann nur auf dem Wortgebrauch von "Rabatt" beruhen.

2.1.3.1.1. psychologischer Druck

Bei bekanntem Rabattsatz stellt sich die Rabattwerbung dem Verbraucher wie eine entsprechende Werbung mit einer Preissenkung dar, jedoch eingegrenzt durch etwa angegebene Voraussetzungen der Rabattgewährung. Hält man sich allein die im

---

1) Doepner GRUR 76, 16, 19; Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 3; § 1, Anm. 28; Tetzner, § 1, Rn. 89.
2) aus der Rspr. z.B. BGH GRUR 74, 156 (Geld-Gewinnspiel).

Rabattgesetz genannten Rabattarten vor Augen, so wird deutlich, daß eine Vielzahl von Anlässen und Voraussetzungen, Rabatt zu gewähren, geschaffen werden können. Darunter ist auch an eine zeitliche Begrenzung der Rabattgabe zu denken, gerade weil beim Rabatt im Gegensatz zur Preissenkung äußerlich am Normalpreis festgehalten wird. Hierfür läßt sich die Meinung vertreten, derart befristete Angebote setzten die Verbraucher unter Druck und gerade hierin läge der wettbewerbswidrige Anreiz.

Die Parallele aus § 1 Abs. 2 SonderveranstAO [1] fällt auf. Danach sind Sonderangebote neben weiteren Voraussetzungen nur dann erlaubt, wenn sie ohne zeitliche Begrenzung angeboten werden. Hierfür wird als Begründung genannt, bei zeitlicher Begrenzung dränge sich den Verkehrskreisen der Eindruck auf, es müsse sofort gekauft werden, weil sonst eine besondere Gelegenheit versäumt werde und hierin läge ein stärkerer Anreiz als beim Sonderangebot.[2]

Ob diese Ansicht für die neuere Zeit empirisch gesichert ist, muß bezweifelt werden, weil die Praxis sich mit der vorhandenen Regelung begnügen kann und dieser nur eine Ratio zuschreiben muß. Gleichgültig, ob man wie der Bundesgerichtshof davon ausgeht, daß eine "natürliche" Begrenzung eines Sonderangebots sich aus der zum Verkauf bereitstehenden Menge ergibt,[3] oder es für genauso möglich hält, daß das Angebot vor dem Verkauf des Vorrats abgebrochen oder im Gegenteil durch Vorratsergänzung verlängert wird, [4] in aller Regel sind Sonderangebote begrenzt, folglich auch in zeitlicher Dimension. Wenn man nun annimmt, daß das dem Verkehr bewußt ist,

---

1) Anordnung des Reichswirtschaftsministers betreffend Sonderveranstaltungen vom 4.7.35.
2) z.B. BGH GRUR 73, 477 (Für den Osterkauf); GRUR 79, 781 (radikal gesenkte Preise).
3) a.a.O.
4) Schulze zur Wiesche in Anm. zu BGH GRUR 79, 782.

dann ist es für ihn gerade beim unbefristeten Sonderangebot - konkrete Erfahrungen mit dem jeweiligen Anbieter ausgeschlossen - unkalkulierbar, wie lange das Sonderangebot besteht: Weder ist bekannt, wie lange der Vorrat reicht, noch wann der Anbieter sich eventuell zum Abbruch entschließt. Die Befristung hingegen kann die Erwartung entstehen lassen, daß bis zum Fristende das Angebot auch besteht. Kurz gefaßt, ob von der Befristung eines Sonderangebots solch ein zusätzlicher Anreiz ausgeht, daß der Käufer vor ihm zu schützen sei, erscheint nicht plausibel.[1] Dasselbe gilt dann aber auch für eine befristete Rabattankündigung. Aus der Parallele der Rabattwerbung zur Werbung mit einer Preissenkung ergeben sich hier also keine durchgreifenden Bedenken gegen die erste.

2.1.3.1.2. Wertreklame

Als weiterer Vorwurf gegen die Rabattwerbung läßt sich die Meinung begreifen, das Rabattgesetz sei eine Regelung im Bereich der Wertreklame.[2] Dies würde bedeuten, daß der Werbende über die Hauptleistung hinaus mit dem Rabatt eine besondere, werthaltige Vergünstigung in Aussicht stellen würde, die den Verbraucher "zu sachfremden Überlegungen und Entschlüssen ... verleiten, ihn gleichsam 'bestechen' könnte."[3] Gerade das ist bei der Nachlaßgewährung nicht zu befürchten, weil der Nachlaß sich im Endpreis niederschlägt, also nur die Hauptleistung "Preis" beeinflußt. Sachfremd an den Überlegungen des Verbrauchers könnte allenfalls der eitle Gedanke sein, vor anderen Kunden bevorzugt zu werden. Dieser Gedanke kann jedoch umso weniger aufkommen, je größer der

---

1) dafür, daß der Verbraucherschutzgedanke der SonderveranstAO insofern nachträglich zugeschrieben wurde, vgl. Lehmann, Anmerkung 1, GRUR 77, 795, 796.
2) Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 65; v. Gamm, Nebengesetze, RabG, § 1, Rn. 1.
3) Baumbach/Hefermehl a.a.O.

Verbraucherkreis ist, an den sich die Rabattankündigung richtet. Weiterhin setzt die Werbung für hochwertige Gebrauchsartikel häufig auf den "Snob-Effekt", ohne daß solche Maßnahmen bisher verboten wurden. Verglichen mit Unlauterkeitskategorien wie psychologischem Kaufzwang [1] oder Werbung mit der Angst ist der Appell an den innerlichen Snob auch harmlos: Der Verbraucher kann leicht den Werbecharakter der Maßnahme erkennen, ein weitergehender Druck ist nicht vorhanden, er kann daher seine Entscheidungsfreiheit wahren. Besteht nun der Snob-Effekt in dem Bewußtsein, preislich bevorzugt zu sein, so bringt das keinen Grund zur Änderung der Bewertung mit sich.

Ist die Zugabe-Verordnung eine Regelung auf dem Gebiet der Wertreklame, so ist doch ihre Anwendung auf Geld- und Naturalrabatte durch § 1 Abs. 2 lit. b), c) ausgeschlossen. Auch hieran zeigt sich, daß das Rabattgesetz nicht die Wertreklame betrifft.[2]

2.1.3.2. Wortgebrauch

Sofern der gefährliche Anreiz der Rabattwerbung allein in der Wortwahl gesehen würde, könnte das - die Richtigkeit dieser Ansicht unterstellt - an der künstlichen Verknappung von Rabattwerbung durch das Rabattverbot liegen. Denn, wäre der Verbraucher regelmäßig der Rabattwerbung ausgesetzt, so könnte er gerade daraus Erfahrungen ziehen, die die Wörter "Rabatt" und "Nachlaß" entmystifizieren würden. Der Verbraucher gewänne Klarheit über den Inhalt des Rabattatbestandes.

Die Parallele hierzu ist die Rechtsprechung zur Richtpreis-

---

1) vgl. BGH GRUR 73, 418 (Das goldene A).
2) P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 203.

werbung: Werbung mit der Aussage "20% unter dem empfohlenen Richtpreis" wurde für zulässig erklärt mit der Begründung, solche Werbung sei gerade geeignet, eventuell unrichtige Vorstellungen des Publikums über den Charakter der Preisempfehlung zu beseitigen.[1] Auch die Meinung, bereits die Wortwahl bedeutete übermäßiges Anlocken, wäre empirisch nicht abgesichert, sondern eine bloße Vermutung.

2.1.3.3. Erforderlichkeit des Rabattgesetzes

Gezeigt wurde, daß durch Rabattwerbung weder der Verbraucher durch Befristung in der Regel unter Kaufdruck gesetzt wird, noch daß er sich einer Art der Wertreklame gegenüber sieht, noch daß allein die Wortwahl einen gefährlichen Anreiz bedeutet. "Übermäßiges Anlocken" durch Rabatte ist somit typischerweise nicht zu befürchten.

Entsprechend der Irreführungsproblematik mit § 3 UWG können hier etwaige Restfälle einer direkten Prüfung nach § 1 UWG unterzogen werden. Wiederum würde eine solche flexible Behandlung gegenüber dem Schematismus des Rabattverbotes nur Vorteile mit sich bringen.

2.1.4 Diskriminierung

Durch die Rechtsprechung anerkannter Normzweck des Rabattverbotes ist es, im Rahmen der erlaubten Ausnahmen für eine Gleichbehandlung der Verbraucher zu sorgen.[2] Das Rabattverbot ist also gewollt ein Preisdiskriminierungs- oder

---

1) BGH GRUR 65, 96, 98 ff. (20% unter dem empfohlenen Richtpreis).
2) z.B. BGH GRUR 58, 487, 489 (Antibiotica); GRUR 59, 326, 328 (Kaffeeversandhandel); GRUR 73, 272 (Fahrschulrabatt).

-differenzierungsverbot für Abweichungen nach unten.

2.1.4.1. Gleichbehandlungsgrundsatz

Unter den hierfür gegebenen Begründungen ist am vordergründigsten die Behauptung, daß ein wirtschaftlicher Gleichbehandlungsgrundsatz existiere oder daß die Rabattgewährung für einen ehrbaren Kaufmann nicht vereinbar sei mit der Gleichbehandlung seiner Kunden.[1] Ein solcher Gleichheitsgrundsatz ist jedoch aus nichts herleitbar, weshalb im Grundsatz eine unterschiedliche Behandlung von Kunden im Preis legitime Preispolitik ist.[2]

Es kommt hinzu, daß eine solche Gleichbehandlung in den Konditionen nur über einen Kontrahierungszwang durchsetzbar ist. Untragbar wäre dann auch die unterschiedliche Preisstellung verschiedener Anbieter, eine staatliche Preissetzung wäre erforderlich. All das wäre wiederum unvereinbar mit der weitgehenden Aufhebung der Preisbindung der zweiten Hand für Markenartikel durch die zweite GWB-Novelle aus dem Jahre 1973.[3]

Dafür, daß insbesondere Art. 3 GG nichts für ein allgemeines Diskriminierungsverbot hergibt, steht Dürig: "Soll jeder Privatmann in seinen persönlichen oder geschäftlichen Dispositionen an den Gleichheitssatz gebunden sein, dürfte eigentlich kein Gastwirt mehr verdienen als der andere. Diese Bindung wäre eine eklatante Beschränkung der grundrechtlich

---

1) Begründung S. 440 ; Stritzke MuW 34, 4; Summerer WuW 55, 353, 365.
2) BGH GRUR 58, 487, 489 (Antibiotica); v. Godin, RabG, § 1, Anm. 1; Goll, S. 19, 155; Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1, Rn. 252; Johannson, S. 70 ff., 82; Reimann WRP 55, 179, 181; Schricker GRUR 77, 646, 647 (Fn. 8); Skiba, S. 92, 129.
3) Johannson S. 82.

gesicherten Freiheit. Mit dieser schneidigen Drittwirkungsthese walzt man über Art. 3 das Privatrecht insgesamt platt".[1)]

Das Rabattverbot wird somit nicht von einem allgemeinen Gebot der Gleichbehandlung getragen.

2.1.4.2. Benachteiligung Schwacher

Eng verwandt mit dem "Gleichbehandlungsgrundsatz" ist die These, die ohne das Rabattverbot mögliche Differenzierung führe zu einer Benachteiligung wirtschaftlich Unerfahrener und sozial Schwächerer, weil diesen nicht die gleiche Verhandlungsmacht wie den Stärkeren zu eigen sei, weshalb sie regelmäßig keine Nachlässe erhielten.[2)]

Selbst die Richtigkeit dieser Behauptung unterstellt, ist schon im vorausgegangenen Abschnitt begründet, daß das in Kauf zu nehmen wäre.

Jedoch ist es bereits nicht verständlich, worin der Nachteil der den Normalpreis zahlenden Kunden liegt. Ein Nachteil im Sinne eines Schadens ist jedenfalls nicht dargelegt. Die "Benachteiligung" ergibt sich nur als Komplement der tatsächlichen Bevorzugung der einen Rabatt erhaltenden Kunden.[3)] Sie würde aber als rechtliches Korrektiv einen Gleichheitssatz in Gestalt einer Meistbegünstigungsklausel benötigen, da eine Benachteiligung ein höheres Niveau zum Maßstab, folglich auch zum Ziel hat. Wiederum ist unklar, wie dem Privatrecht eine allgemeine Meistbegünstigungsklausel zu entnehmen wäre.

---

1) Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1, Rn. 507.
2) Doepner GRUR 76, 16, 20; Kisseler WRP 75, 129, 131.
3) Johannson S. 73.

Über die Benachteiligungsthese scheint mittlerweile auch die Realität hinweggegangen zu sein. Oben[1] wurde bereits erwähnt, daß auf verschiedenen Sektoren des Handels mit gehobenen Gebrauchsgütern des aperiodischen Bedarfs Preisgespräche üblich sind. Die dargestellte Rechtsprechung zum Neuwagenhandel[2] zeigt selbst auch eine legale Gestaltungsmöglichkeit für solches Handeln auf. Vorteile für bestimmte, wohl als "verhandlungsstark" gehaltene Verbrauchergruppen, wie zum Beispiel Gewerbetreibende, ergeben sich aus deren tatsächlicher Möglichkeit, Verbrauchsgüter des privaten und gewerblichen Bedarfs aus günstigen Quellen zu beziehen, die vielen anderen nicht offenstehen. Gedacht ist vor allem an den Cash-and-Carry- und den Versandgroßhandel sowie die Möglichkeiten des Verwerter- und Großverbraucherrabatts. Dieses Phänomen ist auch längst gerichtsnotorisch.[3]

All das hat sich im Widerspruch zum Rabattgesetz oder ungeachtet seiner entwickelt. Es ist zu fragen, ob in dieser Situation das Rabattverbot nicht sogar dazu dient, dem "Verhandlungsschwächeren" solche Vorteile vorzuenthalten.[4]

Aus sich heraus ist die Benachteiligungsthese daher nicht haltbar.

2.1.4.3. Subventionierung

Deshalb wird die Benachteiligungs-These um die zusätzliche Behauptung erweitert, nach einer Abschaffung des Rabattverbotes würden zum Zwecke der Rabattgewährung die Preise höher kalkuliert werden, so daß eine Subventionierung der Nachlaß-

---

1) 2.1.1., S. 16.
2) oben 1.2.3., S. 8 ff.
3) vgl. BGH GRUR 66, 323 (Ratio).
4) vgl. Verbraucherbeirat WRP 74, 327; Johannson S. 83.

empfänger durch die Zahler des erhöhten Normalpreises stattfinden würde.[1)]

Zum Hintergrund hat diese Meinung, daß ein Anbieter auf diese Weise für sich einen konstanten Stückgewinn wahren würde, könne und müsse.

2.1.4.3.1. Voraussetzungen beim Anbieter

Würde ein Anbieter dies tun, so ist die Frage, ab wann ein relevanter Effekt auftreten würde. Dieser Effekt wäre zu messen in der Differenz zwischen dem Preis, der sich ohne Rabattgaben ergeben hätte, und dem subventionierten Normalpreis. Der Rabatt selbst gibt kein Maß.

Die Differenz würde sich in Abhängigkeit von den Verhältnissen der voll und der ermäßigt zahlenden Kundschaft sowie von der Durchschnittshöhe der Rabatte ändern. Je geringer die Rabattsätze und je kleiner die Zahl der Rabattempfänger wären, desto kleiner wäre auch der Effekt auf die Preiskalkulation. 10% durchschnittlicher Rabattsatz und 10% Rabattempfänger unter der Kundschaft würden das Preisniveau rechnerisch nur um 1% erhöhen. Nennenswerte "Subventionierung" hätte daher zur ersten Voraussetzung, daß Rabattsätze und Zahl der Rabattempfänger nicht niedrig wären. Beides hängt von der Geschäftspolitik des Anbieters ab, kann also nicht als gewiß unterstellt werden. Im Falle des Eintritts der Voraussetzung wäre jedoch zu vermuten, daß über Rabatte ein genereller Druck aufs Preisniveau, daß Preissenkungstendenzen vorhanden sind.[2)] Dann besteht für ein Höherkalkulieren kein Raum mehr.

---

1) Kisseler WRP 75, 129, 131; vgl. auch Summerer Wuw 55, 353, 365.
2) s.u. 2.2.3.4.4.

2.1.4.3.2. Voraussetzungen bei den Mitbewerbern

Wird trotzdem ein erheblicher Subventionseffekt nicht ausgeschlossen, so ist noch nicht gesagt, daß der Anbieter den erhöhten Preis auch durchsetzen könnte. Insbesondere bei Geltung des Preisangabenrechts würde der Anbieter, der die Subventionierung einkalkulieren würde, auf die Verbraucher den zutreffenden Eindruck machen, teuer zu sein im Vergleich mit den nicht einkalkulierenden Anbietern. Er würde daher den Absatz seiner Konkurrenten fördern und den eigenen Umsatz und Gewinn reduzieren.[1)]

Die Strategie des Einkalkulierens wäre nur unter der Bedingung durchzuhalten, daß die Abschaffung des Rabattverbots ein entsprechendes, gleichförmiges Verhalten aller Anbieter auslösen würde. Nun gibt es zwar typische Verhaltensweisen, aber gegen ein derart paralleles Preisverhalten in der Zukunft spricht, daß in der Gegenwart sehr unterschiedliche Verhaltensweisen gepflegt werden. Gut sichtbar ist dies im Einzelhandel: Für den Einzelhändler - wie in anderen Branchen auch - besteht eine naheliegende Strategie darin, sein Angebot gegenüber dem der Konkurrenz zu differenzieren, um so Kundenpräferenzen entgegenzukommen und zugleich die eigene Nachfrage von der der Konkurrenz abzukoppeln. Sein Leistungsbündel aus Haupt- und Nebenleistungen, Standort, Einkaufsatmosphäre, Image etc. soll heterogen zu dem seiner Konkurrenten sein und ihm so eine monopolähnliche Stellung verschaffen.[2)]

Die bei diesen Differenzierungsbemühungen sich ergebenden Formen lassen sich bestimmten Typen zuordnen. Selbstverständlich lassen diese Differenzierungen keine wirklichen Monopolstellungen der einzelnen Detaillisten entstehen, vielmehr stehen auch die verschiedenen Typen dynamisch miteinander im

1) Van den Bergh WRP 83, 7, 12.
2) Schiltz S. 70; Sölter S. 86 ff.

Wettbewerb.[1] Dem Preis als Hauptparameter bzw. dem Preisimage kommt dabei eine wichtige Rolle zu. Geschäfte, die herkömmlich ein Niedrigpreisimage pflegen, ließen sich von einer Abschaffung des Rabattgesetzes kaum zum Einkalkulieren von Rabatten bewegen. Für sie läge es im Gegenteil nahe, - verstärkt - darauf hinzuweisen, daß ihre Kalkulation für Rabatte zu knapp sei, Renaissance der "Discounter".

Daran würde das gleichförmige Einkalkulieren von Rabatten durch alle Anbieter scheitern und bereits deshalb können die Anbieter bei Rabattgaben keine proportionalen Stückgewinne erwarten. Hinzu kommt, daß die Herstellerpreisempfehlung faktisch die Preisobergrenze für einen Artikel darstellt. An diese Decke würden die Preiserhöhungen ebenfalls stoßen.[2]

2.1.4.3.3. Zwang zu proportional gleichen Stückgewinnen

Zuletzt ist ein Anbieter nicht gezwungen, proportionale Stückgewinne zu wahren. Vielmehr gibt es verschiedene Gründe, die ihn veranlassen können, in preispolitisch freier Entscheidung auf Stückgewinne teilweise oder ganz zu verzichten:

2.1.4.3.3.1. Zusatzgeschäft

Gerade für Rabatte kann das Motiv des Anbieters darin liegen, daß sich der konkrete Geschäftsabschluß ihm als zusätzliches Geschäft darstellt. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Nachfrager als Optionsfixierer auftritt, also nur unter bestimmten Konditionen zum Vertragsschluß bereit ist. Beharrt der Nachfrager hierbei auf einem unter dem Normalpreis des Anbieters liegenden Entgelt, so kann dem Anbieter der

---

1) Schiltz a.a.O.; Gerhardt S. 98.
2) Johannson S. 74.

Abschluß immer noch aus zwei Blickwinkeln vorteilhaft erscheinen: Zum einen mag das Entgelt über die nach der Kalkulation des Anbieters auf das Geschäft fallenden fixen und variablen Kosten hinaus einen - wenn auch geringeren - Gewinn abwerfen. Zum anderen kann der Anbieter seine fixen Kosten bereits durch seine anderen Geschäftsabschlüsse für abgedeckt halten und seinen Gewinn darin sehen, daß das Entgelt seine variablen Kosten übersteigt.

2.1.4.3.3.2. Erschließung neuer Kundenschichten

Mit seinem Verzicht auf gleichbleibenden Stückgewinn kann ein Anbieter auch neue Kundenschichten zu erschließen suchen.[1] Dabei kann der Anbieter durch die höhere Anzahl von Abschlüssen mit einem geringeren Anteil an den fixen Kosten pro Abschluß kalkulieren, aber auch seine variablen Kosten werden regelmäßig durch den größeren Mengenumsatz sinken. Obendrein wird er eine geringere Gewinnspanne pro Stück ansetzen. Trotzdem soll der Gesamtgewinn durch die Mengenausweitung steigen.

Hierbei droht der Anbieter allerdings in eine Schere zu geraten. Auf der einen Seite kann er von der Verbraucherschaft nicht erwarten, daß diese im Sinne des Preismechanismus schon sehr kleine Preissenkungen wahrnimmt. Vielmehr muß er, um Aufmerksamkeit zu erregen, aber auch um tatsächlich andere Kundenschichten mit geringerem frei verfügbaren Einkommen zu erreichen, mit großen Abschlägen arbeiten.[2] Andererseits steigt die erforderliche Umsatzsteigerung bei fallender Handelsspanne, und zwar überproportional.[3] Die Strategie ist deshalb nur bei einer hohen Handelsspanne oder starker Kostendegression von Interesse, sofern mit allgemeinen Preissenkungen gearbeitet wird.

---

1) s.o. 2.1.2.1., S. 18.
2) Mickwitz S. 275, 282.
3) Kisseler WRP 75, 129, 131; Mickwitz S. 281.

2.1.4.3.3.3. monopolistische Preisdifferenzierung

Anders verhält es sich, wenn es dem Anbieter gelingt, über eine Preisdifferenzierung nur der umworbenen, neuen Kundenschicht vorteilhaftere Konditionen einzuräumen, durch Rabatte oder durch Sonderpreise im Sinne von § 1 Abs. 2 RabG. Im Gegensatz zu oben [1] würden nicht nur sporadisch einzelne Kunden Nachlässe gewährt bekommen, vielmehr müßte aus der Sicht des Anbieters der Markt geteilt oder eine bestehende Teilung ausgenutzt werden.[2] Hieran ist problematisch, daß diese Isolierung von Kundengruppen auf Dauer Marktmacht voraussetzt.[3] Baut der Anbieter aber nur auf einen geringen Informationsfluß zwischen seinen Kundengruppen, so ist die Gefahr eines Marktmachtmißbrauchs geringer einzuschätzen, vielmehr ist eine Ausbreitung der Rabatte zu erwarten.[4] Das dürfte für die Anbieter der letzten Stufe realistisch sein.

Hier [5] soll nur festgestellt werden, daß die geplante Preisdifferenzierung vor allem über Sonderpreise dem Anbieter wenigstens zeitweise einen gewinnträchtigen Umsatzzuwachs bringen kann, wobei der Zuwachs weniger hoch als bei einer allgemeinen Preissenkung sein muß.

2.1.4.3.3.4. Mischkalkulation

Da die meisten Anbieter heutzutage Mehrproduktunternehmen [6] sind, liegt eine weitere Möglichkeit, Stückgewinne bis hin zu

---

1) 2.1.4.3.3.1., S. 35 f.
2) Voraussetzung der Preisdifferenzierung aus preistheoretischer Sicht, vgl. Fehl S. 162, 166.
3) Skiba S. 92; vgl. auch die Beispiele bei Fehl, S. 167.
4) s.u. 2.2.3.4.4.
5) ausführlicher zu Preisdifferenzierungen unten 2.2.2.2.
6) Möschel, Pressekonzentration, S. 113.

Verlusten zu variieren, in der Mischkalkulation. Für sie gibt es wenigstens zwei Gründe:

Einmal ist eine exakte Stückkostenkalkulation nicht möglich, weil eine Kostenerfassung für das jeweilige Produkt nicht stattfindet, ganz zu schweigen vom Problem der Zurechnung der Gemeinkosten.[1] Das bedeutet, es findet Kalkulation per Aufschlag, branchenüblichem Deckungsbeitrag oder ähnlichem statt und die Stückgewinne sind auch ohne weitergehende Absicht zueinander nicht proportional.

Zum zweiten ist ein möglichst günstiger Gesamtertrag Unternehmensziel und nicht die Proportionalität der Stückgewinne.[2] Dieser Gesamtertrag vermag zu steigen, indem Kunden über die Inanspruchnahme werbemäßig herausgestellter, günstiger kalkulierter Angebote hinaus auch das weitere, normal kalkulierte Angebot aus Bequemlichkeit in Anspruch nehmen. Auch wird sich die Kalkulation häufig nach den einzelnen Marktpreisen richten müssen. In diesen Fällen ist Mischkalkulation Bestandteil der Preispolitik des Anbieters und so nicht mehr verzichtbar.[3]

2.1.4.3.3.5. Lagerräumung und ähnliches

Wie bereits erwähnt,[4] mag es bei verderblichen oder modischen Waren dem Anbieter am Ende der möglichen Verkaufszeit lieber sein, wenigstens einen geringeren Gewinn oder sogar nur einen Kostenbeitrag zu erzielen, als ganz auf der Ware sitzenzubleiben, also gar nichts zu erlösen.

---

1) Lehmann GRUR 84, 313, 314; Möschel, Pressekonzentration, S. 113.
2) Möschel a.a.O.; Scholz WRP 83, 373, 375.
3) Oehme S. 21; Sölter S.148.
4) oben 2.1.2.1., S. 18.

2.1.4.3.4. gezieltes Kundenabwerben

Zuletzt genannt als Motiv für einen freiwilligen Verzicht auf proportionale Stückgewinne sei die Gewinnung eines neuen Dauer- oder Großkunden durch Einstieg in die Konditionen der bisherigen Quelle des Beworbenen. Zu denken ist hierbei insbesondere an den Fall, daß der Beworbene seither einen Treuerabatt oder einen Bonus (gestaffelter Umsatzrabatt) gewährt bekommen hat, der für ihn die Bezugskonzentration attraktiv gemacht hat. Ein gänzlicher oder teilweiser Wechsel, der für den Beworbenen vorteilhaft sein muß, wird dabei nur bei entsprechenden Stückgewinneinbußen stattfinden.

2.1.4.3.4. Ergebnis zur Subventionierung

Aufgezeigt wurden verschiedene Motivationslagen, bei deren Vorliegen es einem Anbieter möglich sein kann, auf proportionale Stückgewinne in seinem Gesamtangebot zu verzichten: das Zusatzgeschäft, das Erschließen neuer Kundenschichten, Werbung durch Mischkalkulation, Lagerräumung und der Einstieg in die Konditionen der Konkurrenz.

Zuvor war bereits dargelegt worden, daß eine "Subventionierung" der Rabattgewährung keinen erheblichen Einfluß auf die Normalpreise haben muß und daß, wenn sie diesen Effekt haben würde, Betriebstypen- und Preiswettbewerb diese Strategie regelmäßig scheitern lassen würden. Nachdem nun festgestellt ist, daß allgemein kein Zwang zur Wahrung proportionaler Stückgewinne besteht, ist die Benachteiligungsthese auch nicht in der Variante, daß ohne Rabattgesetz die Preise zum Zweck der Rabattgewährung höher kalkuliert würden, haltbar.

2.1.5. Ergebnis zum Schutz der Marktgegenseite

Insgesamt ergeben sich unter den Gesichtspunkten "Feilschen", "Irreführung", "übertriebenes Anlocken" und "Diskriminierung" keine tragenden Gründe für die Beibehaltung des Rabattgesetzes. Da diese Felder schwerpunktmäßig dem Schutz der Marktgegenseite/Verbraucherschutz zugeordnet wurden, besitzt das Rabattgesetz in diesem Bereich keine Funktion.

2.2. Konkurrentenschutz

Bisher ist festgestellt, daß das Rabattgesetz nicht schützenswerten Interessen der Marktgegenseite dient. Wenn im Folgenden untersucht werden soll, ob es im Schutz der Konkurrenten und etwa der Allgemeinheit eine Funktion besitzt, so bedarf dieses Vorhaben einer kurzen Darstellung des eingenommenen wettbewerbstheoretischen und -politischen Blickwinkels. Dies war bislang entbehrlich.

Die Argumentation erfolgt in drei Stufen: Nachdem zuerst allgemeine Aussagen über den Wettbewerb und seinen Schutz getroffen werden, geht die zweite Stufe spezieller auf den Preiswettbewerb mit Niedrigpreisstrategien und Preisdifferenzierungen ein. Im dritten Schritt ist die Konkretisierung auf das Thema der Arbeit möglich.

2.2.1. Koordinationsprozeß "Wettbewerb"

2.2.1.1. Grundlagen

"Der Wettbewerb ist ... ein volkswirtschaftlicher Koordinierungsprozeß, in dem sich Wettbewerbsfreiheit manifestiert".[1] Die Wettbewerbsfreiheit ist Aspekt der individuellen Handlungsfreiheit des Privatrechts. Als solcher nimmt sie am sittlichen Wert der individuellen Handlungsfreiheit teil.[2] Seinen Ausdruck findet das auch in der gängigen Formulierung, daß die marktwirtschaftliche Ordnung auf rechtsethischen Prinzipien beruhe.[3] Normativ anzuknüpfen ist die Wettbewerbsfreiheit an den Freiheitsgarantien der Artt. 2, 9, 12, 14 GG, den Wertungen des GWB und der Vertragsfreiheit und dem Privateigentum als Grundbestandteilen der Privatrechtsordnung.[4]

---

1) Hoppmann S. 9, 17; ähnlich Mestmäcker, Wettbewerb, S. 31.
2) Möschel, Pressekonzentration, S. 141, 144 (Fn. 78), 145.
3) z.B. Raiser GRUR Int. 73, 443, 446; Sack WRP 74, 247, 249.
4) Mestmäcker, Wettbewerb, S. 88; Möschel, Recht, Rn. 2, 7.

Wettbewerbsschutz findet daher seine erste Begründung im Schutz der im Wettbewerb sich manifestierenden Freiheit.

Der Wettbewerb ist weiterhin ein Koordinierungprozeß. In ihm nehmen seine Teilnehmer permanent ihre jeweilige wirtschaftliche Handlungsfreiheit zur Verfolgung individueller Zwecke wahr. Sie tun dies durch zwei- oder mehrseitige Koordinierung, musterhaft mit dem Mittel des gegenseitigen Vertrages.

Koordinierung bedingt Informationsaustausch. Im Wettbewerbsprozeß einer Volkswirtschaft bedeutet das eine allseitige reaktive Verknüpfung der Teilnehmer und ihres Verhaltens.[1] Ein solches komplexes Geflecht von Wirkungszusammenhängen, weiter kompliziert durch den sich frei und trotz noch bestehender Informationsmängel entscheidenden Menschen als Medium läßt keine Voraussagen von Einzelereignissen zu.[2] Dieses System vermag es jedoch anscheinend besser, die Vielzahl der von den Beteiligten akut gesetzten Daten zu erfassen und zu verarbeiten, als andere, weniger komplexe Systeme.[3]

Da der Koordinierungsprozeß auf freien Entscheidungen basiert, muß jeder Teilnehmer sich bemühen, der Gegenseite Angebote zu unterbreiten, die diese als vorteilhaft bewertet. Die Konkurrenten des Anbieters versuchen das gleiche. Für jeden Nachfrager besteht dabei eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß diese Bemühungen für ihn, d.h. aus seiner Sicht, vorteilhaft sind.[4]

Vor der Realisierung dieser individuellen ökonomischen Vorteile durch einen Beteiligten steht jedoch noch die Konkurrenz auf dessen Marktgegenseite. Genau genommen bietet daher der

---

1) Möschel, Wettbewerb, S. 337 f.
2) v. Hayek, S. 6.
3) a.a.O., S. 3 f.
4) Hoppmann S. 17 f., Fn. 15.

Wettbewerb die genannten Vorteile nur als Chance.[1)]

Diese Chance ist aber jedem geboten, weshalb der Wettbewerb für alle vorteilhaft ist. Da diese Folge aus der Wettbewerbsfreiheit abgeleitet ist, besteht zwischen Wettbewerbsfreiheit und ökonomischer Vorteilhaftigkeit für die Individuen kein Konflikt.[2)] Gegensätze können erst entstehen, wenn - gleichgültig wie definierte - überindividuelle Vorteile in die Argumentation eingeführt werden. Dies widerspräche jedoch der Grundannahme, daß in der Wettbewerbsfreiheit als einem Aspekt der individuellen Handlungsfreiheit ein jeder seine eigenen Zwecke verfolgen können soll.[3)] Eine Instrumentalisierung des Wettbewerbs im Hinblick auf beliebig definierbare Ziele ist daher abzulehnen.[4)]

2.2.1.2. Gegenargumente

Gegen ein solches, sich auf die Wettbewerbsfreiheit beziehendes Verständnis richten sich verschiedene Bedenken.

Der auf die Grundlagen zielende Vorwurf, nach Untersuchung seiner sozio-ökonomischen Voraussetzungen könne das mit der Privatautonomie verbundene Rechtssystem nicht mehr anstandslos weitergeführt werden,[5)] bleibt inhaltsleer genug, um nicht widerlegt werden zu können. Er läßt darüber hinaus den sittlichen Gehalt des Konzepts außer acht, indem nur an den tatsächlichen Voraussetzungen gezweifelt wird.

Auch die Behauptung, durch Verlust der Nachweisbarkeit der Koinzidenz von individuellem und gesamtgesellschaftlichem Wohlstand sei auch ein "tragender ideologischer Pfeiler"

---

1) Hoppmann S. 18.
2) a.a.O. S. 21.
3) a.a.O. S. 23; Clapham S. 135 f.
4) Möschel, Pressekonzentration, S. 40.
5) Gotthold, Entwicklungen, ZHR 145 (1981), 286, 332.

für die entsprechende Politik abhanden gekommen,[1] führt nicht weiter. Vielmehr ist der mögliche Verzicht auf das Kriterium des gesamtgesellschaftlichen Wohlstandes eine Stärke - gehört letzterer doch zu den beliebig definierbaren Zielen eines instrumental verstandenen Wettbewerbs.[2]

Zu recht besteht hingegen der Einwand, der im Konzept der Wettbewerbsfreiheit vorausgesetzte "spirit of competition" sei eben nicht allgegenwärtig.[3] Sofern damit nicht die Möglichkeit von Wettbewerb insgesamt in Frage gestellt sein soll, muß der Ausweg darin gesucht werden, relevante Auswirkungen von mangelndem "spirit of competition" einzudämmen, durch Kartellverbote, Boykottverbote und so weiter.

Andere Einzelprobleme, wie das der natürlichen Wettbewerbsbeschränkungen und der Ausnahmebereiche,[4] seien wegen hier fehlender Bedeutung beiseite gelassen.

Es bleibt der Vorwurf, daß sich aus einem Referenzsystem freien Wettbewerbs keine zureichenden Entscheidungskriterien gewinnen ließen. Auch hier drohe Willkürlichkeit bei der Konkretisierung oder aber die Handhabung werde zu restriktiv und lasse zu große Freiräume für wettbewerbsinkonforme Verhaltensweisen.[5] Dem steht entgegen, daß der Freiheitsschutz gerade gegenüber Verhaltensweisen, die schwerpunktmäßig die Marktgegenseite betreffen, insbesondere hinsichtlich deren ungestörter Willensbildung, zu Ergebnissen führen muß, die sich weitgehend mit dem Erkenntnisstand zu §§ 1, 3 UWG decken.[6] Im eher konkurrentenbezogenen Bereich zeigt der Vorwurf das

---

1) a.a.O.
2) Hoppmann S. 20.
3) Kurz/Rall S. 25.
4) vgl. Möschel, Recht, Rn. 68; Aberle S. 33.
5) z.B. Hahn S. 243.
6) vgl. Möschel, Recht, Rn. 69; ders., Pressekonzentration, S. 144.

Dilemma auf, daß einerseits Freiheitspositionen nicht inhaltlich bestimmt sind, andererseits jedoch aus der gleichen Freiheit anderer und um des Systemerhalts willen eines bestimmten Rahmens bedürfen.[1] Dabei erscheinen zwangsläufig Verhaltensweisen, die je nach ihren begleitenden Umständen als wettbewerbskonform oder nicht zu bewerten sind. Diese Ambivalenz äußeren Verhaltens [2] ist jedoch, wie von Hayek in nahem Zusammenhang formuliert hat,[3] eine unabänderliche Tatsache, nicht aber ein Mangel der Theorie.

Worauf es ankommt, ist, daß der Freiheitsbezug einen Überlegungsrahmen bietet, der durch die Aussonderung nichtwettbewerblicher Kriterien die Chance eröffnet, zu begründeten Urteilen zu gelangen.[4] Der Vorwurf zu großer Freiräume muß zur Gegenfrage führen, ob Alternativkonzepte nicht die Tendenz zur Wettbewerbsbeschränkung haben.

Insgesamt wird an dem Verständnis von Wettbewerb als Koordinierungsprozeß, in dem sich Wettbewerbsfreiheit als sittlicher Wert manifestiert, festgehalten. Zugleich ist das Schutzobjekt für eine damit in Einklang befindliche Wettbewerbspolitik vorgezeichnet.

2.2.1.3. Gegenkonzept des "Leistungswettbewerbs"

Ein bekanntes Alternativkonzept hierzu ist das vom "Leistungswettbewerb" als Schutzgut.[5] Von ihm besteht die Vorstellung, daß im "Leistungsvergleich" durch die Marktgegenseite die

---

1) Möschel, Recht, Rn. 69.
2) Möschel a.a.O.; ders., Pressekonzentration, S. 45 ff., 149; Gröner S. 88.
3) v. Hayek S. 6.
4) Emmerich S. 48; Möschel, Pressekonzentration, S. 146.
5) wichtigste Vertreter: Hefermehl und P. Ulmer, vgl. Baumbach/Hefermehl, UWG, Einleitung,Rn. 92 ff.; Hefermehl, Entwicklungen, S. 208; ders., Grenzen, S. 508 ff.; P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565; ders., Konkurrentenbehinderung, S. 577 ff.; ferner z.B. v. Gamm, Rechtsprechung, GRUR 79, 680; ders., Verbot, NJW 80, 2489;

"beste" Leistung sich durchsetze. Mit unterschiedlichen Akzentuierungen werden als Leistung Preis und Qualität aufgefaßt. Wettbewerbsschutz bedeute daher Schutz des Leistungsvergleichs vor seiner Verfälschung oder gar Verhinderung. Das Konzept stehe im Einklang mit dem Grundwert einer auf Durchsetzung der jeweils besten Leistung gestützten marktwirtschaftlichen Ordnung und biete zum Gewinn einen Orientierungsrahmen, in dem die Beurteilungsgrundlagen verdeutlicht seien.[1)]

Gegen das Konzept vom Schutz des Leistungswettbewerbs richten sich im Schwerpunkt zwei Bedenken:

Zum einen ist es zweifelhaft, ob das Konzept mehr Generalisierung und Konkretisierung leistet, als das vom Schutz der Wettbewerbsfreiheit. Tut es das nicht, so ist es, praktisch gesehen, überflüssig. Gerade "Unklarheit" und "Leerformelcharakter" wird dem Begriff des Leistungswettbewerbs recht häufig vorgeworfen.[2)] So ist der Leistungsbegriff einseitig auf die Anbieterrolle zugeschnitten, für die Beurteilung von Nachfragerverhalten gibt das Kriterium "Leistungsvergleich" nicht viel her. Gerade bei den kritischen Fragen des Einsatzes anderer Wettbewerbsparameter und Marketinginstrumente als Preis und Qualität bringt der Leistungsbegriff nicht mehr als Skepsis von variierender Intensität hervor. Im Kernbereich wettbewerbswidrigen Verhaltens hingegen ergeben sich keine zusätzlichen Aufschlüsse verglichen mit dem Konzept des Freiheitsschutzes.

---

*5) Sambuc GRUR 81, 796, 800; Hahn S. 68, 235.
1) P. Ulmer GRUR 77, 565, 570, 585.
2) z.B. Emmerich S. 43; Gillert BB 81, 702, 705; Gotthold, Diskussion, WRP 78, 757, 758; Gröner S. 90 ff.; Kraft GRUR 80, 966, 967; Kurz/Rall S. 67; Markert S. 310; Möschel, Pressekonzentration, S. 97; ders., Recht, Rn. 542; Reich/Tonner/Wegener S. 91; Sachon, Problematik, WRP 80, 659, 664; ders., Fachzeitschriftenvertrieb, WRP 82, 183, 184; Sölter S. 146.

Schwerer wiegt der an die Grundlagen gehende Vorwurf, das Leistungskonzept sehe den Wettbewerb funktionsbezogen. Ausdrücklich eingestanden wird das von P. Ulmer.[1] Bereits die Fixierung auf Preis und Qualität als "Leistung" unter Ausschluß des Nebenleistungswettbewerbs macht den Wettbewerb zur inhaltlich definierten Veranstaltung. Dies kontrastiert zu der Auffassung, daß der Wettbewerb ein Koordinationsprozeß ist, innerhalb dessen die Marktgegenseite nach ihren Präferenzen über das Angebot entscheidet.[2] Marktergebnisbezogen ist darüberhinaus das Kriterium der "Durchsetzung der besten Leistung".[3]

Wird unter Anerkennung dieser Kritik erklärt, auch der Leistungsbegriff umfasse diverse Möglichkeiten des Nebenleistungswettbewerbs und Zweck des Leistungskonzepts sei nicht die Durchsetzung wohlfahrtsökonomischer Ziele,[4] so muß dies die Leerformelhaftigkeit des Leistungsbegriffs verstärken.

Das Konzept vom Schutz des Leistungswettbewerbs liegt daher den weiteren Ausführungen nicht zugrunde.

2.2.1.4. Systemschutz

2.2.1.4.1. Grundsatz

Wettbewerb als Koordinierungsprozeß bedeutet ein wirtschaftliches Zueinanderfinden der Individuen über miteinander kompatible Zielvorstellungen. Die riesige Zahl der Marktteilnehmer zieht nach sich eine entsprechend große Zahl von Zielvorstelstellungen bei prinzipieller Intransparenz des gesamten Markt-

---

1) Konkurrentenbehinderung, S. 577 f.
2) vgl. Möschel, Pressekonzentration, S. 100; ders., Recht, Rn. 542; Gröner S. 92; Gotthold, Diskussion, WRP 78, 757, 758; Emmerich S. 43; Kurz/Rall S.67.
3) Möschel, Pressekonzentration, S. 100; s.a. Gröner a.a.O.
4) P. Ulmer, Konkurrentenbehinderung, S.587, 582.

umfeldes des einzelnen Teilnehmers. Der Anbieter muß daher zum einen ein Angebot erstellen, für das er Nachfrage erwarten kann, zum anderen muß er die Aufmerksamkeit darauf lenken. Die vorhandene Variation der Nachfrage verlangt eine entsprechende Variation des Angebots, der Anbieter muß prinzipiell die entsprechende Freiheit haben. Ebenso müssen werbende Aktivitäten möglich sein. Freiheit des Einsatzes von Wettbewerbsparametern ist daher eine Konsequenz.[1)]

Freiheitspositionen können aber immer dazu verwendet werden, das zugehörige System zu beeinträchtigen, eine wohl universelle Erfahrung, die beispielsweise in Artt. 18, 21 Abs. 2 GG normativ Ausdruck gefunden hat. Schutz der Wettbewerbsfreiheit ist daher Schutz des Systems vor endogenen Pervertierungen.[2)] Ziel ist die Gewährleistung des abstrakten Charakters der Handelnsordnung, nicht aber einer ihrer konkreten geschichtlichen Strukturen.[3)]

2.2.1.4 2. Konkretisierung

Eine Konkretisierung dieses Schutzes ist im Hinblick darauf zu treffen, daß das Rabattgesetz in der äußeren Dichotomie des deutschen Wettbewerbsrechts [4)] nicht in den Bereich des Kartellrechts gehört, vielmehr dem Lauterkeitsrecht im weiteren Sinne zuzuordnen ist.[5)]

Auf diesem Gebiet findet eine Diskussion statt über Zweck und Möglichkeiten des Lauterkeitsrechtes, insbesondere von § 1 UWG, die beispielhaften Ausdruck gefunden hat in P. Ulmers

---

1) oben 1.3., S. 12, als Selbstverständlichkeit verwendet, ebenso Hoppmann S. 41.
2) vgl. Möschel, Recht, Rn. 2, 69, sowie oben 2.2.1.2., S. 45.
3) Schmidtchen S. 16.
4) Möschel, Pressekonzentration, S. 151.
5) s.o. 2., S. 14.

"Vorfeldthese".[1] Hierdurch sind Fragen aufgeworfen
- nach den schützenswerten Interessen,
- nach dem Maßstab des Lauterkeits-Schutzes und,
- nach der Bedeutung von Marktmacht.

Die Antworten haben Konsequenzen unter anderem für die noch zu behandelnden Erscheinungen des Preiswettbewerbs.

2.2.1.4.2.1. geschützte Interessen

Nach Hefermehl "ist es heute fast unbestritten, daß das Wettbewerbsrecht nicht nur einzelne Mitbewerber vor unlauteren Wettbewerbshandlungen schützt, sondern auch den Schutz der kollektiven Interessen der Mitbewerber und Verbraucher, der übrigen Marktbeteiligten und der Interessen der Allgemeinheit bezweckt".[2]

Der Schutz von Konkurrenten und anderen Marktbeteiligten hat seinen Grund im gemeinsamen Bezugspunkt "Wettbewerbsfreiheit" und der wechselseitigen Bedingtheit der Marktbeziehungen: Beispielsweise erhalten abnehmerschützende Tatbestände den Konkurrenten Absatzchancen und Offenhalten der Märkte nützt den Abnehmern in ihrer Wahlfreiheit.[3]

Darüber hinaus wird ein öffentliches oder Allgemeininteresse zum Schutzgut erklärt.[4] Im Konzept des Freiheitsschutzes ist das bedenklich. Die Wettbewerbsfreiheit ist bezogen auf die im Wettbewerb Handelnden als Individuen. Wird aus dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit weiterer Nutzen angestrebt, wie die Dezentralisierung gesellschaftlicher Macht, so geschieht dies auf indirektem Weg mit dem Wettbewerbsschutz als Mittel.

---

1) insbes. Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 577 ff.
2) Grenzen, GRUR Int. 83, 507.
3) Hoppmann S. 43; Möschel, Pressekonzentration, S.134.
4) oben 2), sowie Hefermehl, Entwicklungen, S. 205; v. Gamm, Rechtsprechung, GRUR 79, 680; Sachon WRP 80, 659, 666.

Wettbewerbsschutz ist hier nur Gefährdungstatbestand, die weitergehenden Zwecke gewähren deshalb keine Kriterien, die die Wettbewerbsfreiheit als unmittelbar fundiertes Schutzgut "auch nur überlagern könnten".[1] Da das "Allgemeininteresse" selbst inhaltslos ist,[2] müßte es vor Verwendung aufgefüllt werden mit einem derartigen weitergehenden Zweck. Somit ist es jedoch mit dem Konzept des Freiheitsschutzes unvereinbar. Kurz gefaßt bedeutet die Ablehnung des Allgemeininteresses als Schutzgut die Ablehnung außerwettbewerblicher Kriterien für den Wettbewerbsschutz.[3]

2.2.1.4.2.2. Maßstab

Das Konzept des Freiheitsschutzes mit seinem Ausschluß außerwettbewerblicher Kriterien sucht seine Entsprechung bei dem Maßstab des Lauterkeitsschutzes. Die Verwendung der Regeln der Sittlichkeit in § 1 UWG als der großen Generalklausel scheint dem entgegenzustehen.

Eine funktionale Auffassung des Wettbewerbs wäre in der Tat schwer mit dem Wortlaut von § 1 UWG vereinbar, da sie die Gefahr einer Instrumentalisierung des Wettbewerbs auf beliebige Ziele in sich trüge, womit der ethische Bezug von vornherein aufgehoben wäre.

Anders verhält es sich beim hier gewählten Ansatz: Der Wortlaut von § 1 UWG kann als Bezugnahme auf die ethische Fundierung von Wettbewerbsfreiheit verstanden werden. § 1 UWG wurde nie so interpretiert, daß in jeder wettbewerblichen Situation nur eine Verhaltensweise als ethisch richtig existiert. Die Norm steht daher auch nicht in ihrem Ansatz zu einer freien Handelnsordnung im Widerspruch.[4] Es ist daher möglich und

---

1) Möschel, Entflechtungen, S. 44.
2) Hefermehl, Grenzen, GRUR Int. 83, 507, 509.
3) Möschel, Pressekonzentration, S. 134; Burmann WRP 67, 71, 76, Samwer GRUR 69, 326, 329; Willemer WRP 76, 16, 18.
4) Möschel, Pressekonzentration, S. 145.

schlüssig, zum Maßstab des Lauterkeitsrechtes die Wettbewerbsfreiheit zu nehmen.[1] Konsequenterweise sollte dann der überkommene Rechtsbestand auf Widerspruchsfreiheit überprüft werden.

Da auch funktionale Wettbewerbskonzepte eines Schutzes ihrer Funktionsvoraussetzungen bedürfen, existiert mittlerweile eine breite Meinungsströmung, die, ausgerichtet am jeweiligen Schutzobjekt und mit unterschiedlich starken Referenzen an den Wortlaut von § 1 UWG, diese Norm als innerwettbewerbliche Schutznorm verstehen will.[2]

Dieser Verzicht auf eine gesinnungsethische Begründung des Lauterkeitsrechts führt dazu, daß wettbewerbswidriges Handeln ohne die Erfüllung subjektiver Erfordernisse beim Handelnden möglich ist,[3] wiewohl Wissen und Wollen von Tatumständen regelmäßig die negative Bewertung des Verhaltens erleichtern. Je mehr von ihnen vorhanden ist, desto eher werden wettbewerbswidrige und -beschränkende Folgen des konkreten Verhaltens anzunehmen sein, weil der wirtschaftlich Handelnde sich die Folgen seines Tuns zu überlegen pflegt und Ziele meist nur dann anstrebt, wenn sie ihm erreichbar erscheinen.[4]

2.2.1.4.2.3. Bedeutung von Marktmacht

Das Schutzgut der Wettbewerbsfreiheit wird nur durch die äußerlichen Folgen wirtschaftlichen Handelns beeinträchtigt, nicht - wie etwa bei gesinnungsethischen Maßstäben - durch Beweggründe. Auch untaugliche Versuche stellen selbst keine erhebliche Bedrohung dar. Die Bewertung eines konkreten Verhaltens muß daher die gegenwärtigen und die künftigen,

---

1) vgl. Mestmäcker, Wettbewerb, S. 88.
2) Beispiele: Baudenbacher GRUR 81, 19, 21 f.;Emmerich, S. 43 ff.; Hefermehl, Entwicklungen, S. 202; ders., Grenzen, GRUR Int. 83, 507, 509; Möschel a.a.O.; Raiser GRUR Int. 73, 443, 445 f.; Schluep, Wettbewerb, GRUR Int. 73, 446, 448 ff.; ders., Begriff, S. 489; s.a. P. Ulmer, Begriff

prognostizierbaren Folgen einbeziehen.[1] In letzterem Detail steckt jedoch der Teufel: Vom hier bezogenen Standpunkt aus sind sichere Voraussagen wettbewerblicher Einzelereignisse nicht möglich,[2] insbesondere nicht von Marktergebnissen als Folgen bestimmter Verhaltensweisen.[3]

Der prinzipielle Verzicht auf Prognosen wäre jedoch ein Verzicht auf vorbeugendes Eingreifen, zugleich auf Schutz der Betroffenen in der Phase der Gefährdung und deshalb unerträglich.[4] Als Ausweg aus diesem Dilemma müssen "Annäherungsurteile",[5] die an typische Gefährdungssachverhalte anknüpfen, gesucht werden, es muß mit Wahrscheinlichkeiten gearbeitet werden.[6]

Das verlangt jedoch, besonders vom praktizierenden Juristen, große Vorsicht im Bewußtsein der theoretischen und praktischen Grenzen eigener Erkenntnis: Zwar gewinnt z.B. die Annahme einer "Nachahmungsgefahr" durch Konkurrenten eines mit dem Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens behafteten Unternehmers Plausibilität durch die Theorie der Wettbewerbsdynamik,[7] begründet mit der eigenen Lebenserfahrung liegt aber die Gefahr des Abgleitens in haltlose Unterstellungen nahe.[8]

Gerade bei den ambivalenten Verhaltensweisen sind Untersuchun-

---

*2) ... "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 577.
*3) vgl. Baumbach/Hefermehl, UWG, Einleitung, Rn. 124; Möschel, Pressekonzentration, S. 146 (Fn. 92).
*4) vgl. Möschel, Idee, Ordo 30 (1979), 295, 302.
1) Baudenbacher GRUR 81, 19, 22; dagegen z.B. Döll, Berücksichtigung, BB 65, 173, 174.
2) s.o. 2.2.1.1., S. 42.
3) Clapham S. 131 f.; Emmerich S. 46; Gröner S. 87; Kurz/Rall S. 19; Mestmäcker, Wettbewerb, S. 19; gegen Baudenbacher GRUR 81, 19, 27 f.; Hahn S. 257.
4) vgl. P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 576; Möschel, Recht, Rn. 75.
5) Möschel, Wettbewerb, S. 341; ders., Recht, Rn. 70.
6) P. Ulmer a.a.O.; Mestmäcker a.a.O.
7) s.u. 2.2.1.5.
8) Emmerich S. 46; skeptisch auch Mestmäcker, Wettbewerb, S. 64; gegen P. Ulmer a.a.o.

gen notwendig, ob Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit vorliegen - bei Täuschungen, Willensbeugungen etc. liegen sie ohnehin auf der Hand.

Trifft letzteres nicht zu, so stellt sich die Frage, ob der Handelnde überhaupt die Macht hatte, mit seinem Verhalten freiheitsbeschränkend zu wirken. Ist das zu verneinen, so ist das Schutzgut nicht tangiert. Umgekehrt konkretisiert Marktmacht die abstrakte Gefährlichkeit einer Verhaltensweise. Prognosen bedürfen daher der Feststellung von Marktmacht.[1] Würde nur auf die abstrakte Gefährlichkeit einer Verhaltensweise, etwa zur Monopolisierung, abgestellt, so wäre das regelmäßig selbst von wettbewerbsbeschränkender Wirkung.[2]

2.2.1.5. Wettbewerbsprozeß, Struktur- und Bestandsschutz

Zum Abschluß der allgemeinen Ausführungen über den wettbewerbstheoretischen und -politischen Standpunkt der Arbeit ist näher auf den prozessualen Charakter sowie auf einige Konsequenzen einzugehen.

Modellhaft wird der Wettbewerbsprozeß als Wechsel zwischen innovativen Vorstößen einzelner Wettbewerber und Imitationen der Konkurrenten verstanden. Daß der Wettbewerb aus den innovativen Vorstößen lebt, liegt auf der Hand. Sie sind deshalb erwünscht und erzielte Gewinne während der Dauer eines solchen Vorsprungs gehören zur vom Wettbewerb geleisteten Koordination von Handeln und Verantwortung. Da es andererseits für die Zementierung solcher Vorsprünge keinen Grund gibt, ist ebenso die imitative Phase notwendiger Bestandteil der Dynamik.

---

1) vgl. Möschel, Pressekonzentration, S. 148 f.; Sambuc GRUR 81, 796, 800 f.; P. Ulmer, "Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 579; ders., Konkurrentenbehinderung, S. 581; gegen Kraft, Berücksichtigung, S. 223 ff.
2) Mestmäcker, Wettbewerb, S. 24.

Gefahren für dieses Wechselspiel können folglich an beiden Phasen anknüpfen. Die Innovation kann dadurch behindert werden, daß ein potentieller Innovator sich keinen rentierlichen Vorsprung zu versprechen vermag, weil die Imitation zu schnell erfolgen würde. Dies ist einerseits ein Problem des Schutzes vor sklavischer Nachahmung und der Gewährung gewerblicher Schutzrechte,[1] andererseits mag zu große Markttransparenz vorliegen, die der Konkurrenz gerade bei schnell veränderbaren Mitteln wie dem Preis ein zu rasches Reagieren ermöglicht.[2] Wettbewerbsfördernd kann es deshalb sein, Mittel zuzulassen, die die Markttransparenz beschränken, was dann zu partiellem Geheimwettbewerb führt.

Gelingt der Konkurrenz nicht die rechtzeitige Imitation des Vorstoßes, so läuft der Vorgang in die Richtung eines prozessualen Monopols.[3] In diesem Fall liegt ein "Fehlverhalten" nicht beim Innovator, sondern bei der Konkurrenz. Im Hinblick auf das Verhalten des Vorstoßenden ist daher eine negative Bewertung nicht möglich.

Als Ansatz bliebe die resultierende Marktstruktur, diese müßte den Wettbewerbsprozeß beeinträchtigen. Das führt jedoch zu einem Wertungswiderspruch, wenn die Struktur auf dem bezeichneten wettbewerblichen Verhalten beruht.[4] Geschützt würde nicht das System "Wettbewerb", sondern ein Markt in seinem historischen Bestand, das Gegenteil vom Erstrebten.[5]

Die zu stellende Frage nach der Kausalität des betrachteten

---

1) vgl. Möschel, Recht, Rn. 69.
2) vgl. Heuß S. 681 ff.
3) Weiß S. 109.
4) ähnlich unter dem Leistungsansatz: Hefermehl, Entwicklungen, S. 208; ders., Grenzen, GRUR Int. 83, 507, 510; ferner Mestmäcker, Medienkonzentration, S. 138.
5) s.o. 2.2.1.4.1., S. 48.

Verhaltens ist wiederum wegen der Komplexität der Marktprozesse allenfalls schwer zu beantworten, schon im Rückblick, erst recht in der Prognose.[1] Verschärft stellt sich das Problem in der Rechtspraxis, man denke an einstweilige Verfügungsverfahren.[2]

Vorrangig wäre aber die resultierende Marktstruktur selbst zu bewerten. Vom freiheits- und verhaltensorientierten Ansatz aus gibt es keine alleinig wettbewerbliche oder optimale Marktstruktur,[3] und zur Beurteilung der Marktstruktur existieren außer dem Konzentrationsgrad etliche weitere Kriterien, die sich in verschiedene Richtungen verändern können.[4]

Konzepten, die zur negativen Bewertung eines Verhaltens schlicht "marktstrukturschädliche Wirkung" oder dergleichen heranziehen,[5] ist daher nicht zu folgen. Etwas anders verhält es sich, wenn anstelle einer einfachen oder erheblichen Marktstrukturverschlechterung die Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand gefordert wird, wobei im Bestand nicht der jeweilige status quo verstanden wird, sondern die Grundvoraussetzungen für den Ablauf von Wettbewerbsprozessen.[6]

Solange diese Strenge nicht verbal bleibt, steht der Ansatz nicht im Widerspruch zum Konzept des Freiheitsschutzes, da hierdurch gerade die Funktionsvoraussetzungen der freien Handelnsordnung gewährleistet werden sollen.[7] Praktische

---

1) Clapham S. 140; Gotthold, Diskussion, WRP 78, 757, 759; Gröner S. 87 f.
2) Lehmann, Wettbewerbsrecht, GRUR 77, 633, 638.
3) Gröner a.a.O.; Cox/Hübener, S. 29.
4) Gröner a.a.O.; vgl. auch Möschel, Recht, Rn. 66 a.E.
5) häufig Spielarten des Konzepts vom Leistungswettbewerb, z.B. Hahn S. 235; Sambuc GRUR 81, 796, 800 f.
6) Sachon, Problematik, WRP 80, 659, 666; Sack, Wettbewerb, GRUR 75,297, 301; P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 577; Hefermehl, Entwicklungen, S. 205; ders., Grenzen, GRUR Int. 83, 507, 510 f.
7) vgl. Möschel, Pressekonzentration, S. 96 f.; Mestmäcker, Wettbewerb, S. 224; sowie oben 2.2.1.4.1., S. 48.

Probleme sind es, die den Ansatz der Bestandsgefährdung weitgehend entwerten.

Eine längerfristige Aufhebung des Wettbewerbs in seinem Bestand ist außerhalb der staatlichen Einflußsphäre nur so vorstellbar, daß Marktzutrittsschranken gegen potentielle Wettbewerber errichtet sind. Marktzutrittsschranken seitens des monopolisierenden Unternehmers bieten aber schon Raum für eine verhaltensorientierte Bewertung.[1] Fehlt es hingegen an diesem an sich negativ zu beurteilenden Verhalten, was Ausgangspunkt der Überlegung war, so kann längerfristig wieder mit einem Anlaufen wettbewerblicher Prozesse in engerem Sinne gerechnet werden, sei es durch new-comer, sei es durch Substitution. Eine kurzfristige Betrachtungsweise für die Aufhebung des Wettbewerbsbestandes hingegen würde tendenziell Wettbewerbsbeschränkung durch Festschreibung des marktlichen status quo bedeuten.

Zuzugestehen ist, daß auch die Unterscheidung marktzutrittsbeschränkenden Verhaltens von wettbewerbskonformem regelmäßig schwierig sein dürfte: Die Abschreckung von new-comern durch marktmächtige Unternehmen vermag darauf zu beruhen, daß der oldtimer bereits die vergleichsweise besten Konditionen bietet, ohne die Marktschließung zu beabsichtigen. Darin kann sich bereits die potentielle Konkurrenz ausdrücken. Für mangelnde Leistungsfähigkeit der potentiellen Konkurrenten ist der oldtimer jedoch nicht verantwortlich zu machen.[2]

Im Bereich des Lauterkeitsrechtes ist somit vom hier bezogenen Standpunkt aus eine Marktstrukturkontrolle als genereller Ansatz abzulehnen, vielmehr muß dieser verhaltensorientiert bleiben. Der hiergegen gerichtete Einwand P. Ulmers,[3] dem Vertrauen auf die Selbstheilungskräfte des Marktes fehle die nachweisbare Berechtigung, würdigt nicht, daß auch das Offen-

---

1) vgl. Möschel, Pressekonzentration, S. 98.
2) Schmidtchen S. 38 ff.
3) Konkurrentenbehinderung, S. 594.

halten der Märkte durch Verhaltenskontrolle geschehen soll und daß ferner das Instrumentarium des Kartellrechts besonders für marktmächtige Unternehmen zur Verfügung steht.

Erst recht nicht wettbewerbspolitisch vereinbar mit der Sichtweise dieser Arbeit ist ein Konzept eines Mittelstandsschutzes als versuchte strukturelle Feinsteuerung und Konservierung des Wettbewerbs.[1)]

2.2.1.6. Ergebnis zum allgemeinen Wettbewerbsschutz

Im Ansatz wird Wettbewerb verstanden als volkswirtschaftlicher Koordinierungsprozeß, in dem sich Wettbewerbsfreiheit manifestiert. Deren Fundierung ist die individuelle Handlungsfreiheit und ihr sittlicher Wert. Wegen der allseitigen reaktiven Verknüpfung der Wettbewerbsteilnehmer sind sichere Voraussagen von Einzelereignissen im Wettbewerb nicht möglich. Als allgemeine Eigenschaft des Wettbewerbs führt dieser jedoch zu individuellen ökonomischen Vorteilen. Bereits vom Ansatz her ist jegliche Instrumentalisierung des Wettbewerbs abgelehnt.

Das Referenzsystem freien Wettbewerbs gibt einen Überlegungsrahmen unter Aussonderung nichtwettbewerblicher Kriterien. Das Konzept des Leistungswettbewerbs ist demgegenüber ohne Generalisierungs- und Konkretisierungsgewinn, dazuhin funktionalistisch.

Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit wird verstanden als Schutz des Systems vor endogenen Pervertierungen. Das wird auch als Zweck des Lauterkeitsrechts aufgefaßt und zielt auf den Schutz der Marktbeteiligten, nicht der Allgemeinheit. Freiheitsschutz bedeutet keine Gesinnungsethik, weshalb auf subjektive Erfordernisse prinzipiell verzichtet werden könnte. Nur äußere

---

1) ebenso: Emmerich, S. 51; Kraft, Berücksichtigung, S. 235; gegen Sack, Wettbewerb, GRUR 75, 297, 304.

Folgen bedrohen das Schutzgut.

Zur Gewährung eines wirksamen , d.h. rechtzeitigen Schutzes im Stadium der Gefährdung werden Prognosen erforderlich. Wegen der Unmöglichkeit sicherer Prognosen müssen hierzu Annäherungsurteile und die Identifizierung von Gefährdungssachverhalten genügen. Außerhalb typisch freiheitsbeschränkender Verhaltensweisen wie Irreführung und Willensbeugung ist für die Prognose regelmäßig die Feststellung von Marktmacht notwendig.

Die Auffassung vom Wettbewerb als dynamischem Vorgang führt zu zweierlei Folgerungen: Die Innovation im Wettbewerb kann vor zu rascher Imitation zu schützen sein, insbesondere hinsichtlich des schnell veränderbaren Parameters "Preis". Mittel kann die Zulassung von Geheimwettbewerb sein. Am Prüfstein einer unterbliebenen Imitation eines Wettbewerbsvorstoßes ohne behinderndes Verhalten seitens des Vorstoßenden und mit der Folge der Tendenz zu einem prozessualen Monopol stellt sich die Frage nach einer Marktstrukturkontrolle. Diese wird als genereller Ansatz zu Gunsten einer Verhaltenskontrolle mit Betonung auf das Offenhalten der Märkte abgelehnt.

Nicht als Marktstrukturkontrolle aufgefaßt wird der Ansatz der Bestandsgefährdung. Ihm fehlt aber ein praktischer Wert. Unvereinbar mit dem Standpunkt der Arbeit wäre ein gezielter Mittelstandsschutz.

2.2.2. Preiswettbewerb

Wettbewerbsfreiheit muß offensichtlich den Preis als Mittel umfassen. Die von Vertretern eines eingeschränkten Preiswettbewerbs angeführten Argumente sind entweder außerwettbewerblicher Natur oder wirken spekulativ,[1] überzeugen daher nicht. Insbesondere der Ausdruck "ruinöse Konkurrenz" schillert so vielfältig, daß ihm keine sachlichen Argumente abzugewinnen sind.[2]

Der Ambivalenz äußerer Verhaltensweisen entspricht es, daß auch der Preis in wettbewerbswidriger Weise eingesetzt werden kann. Preisüberhöhungen interessieren hier nicht. Gegenstand der weiteren Untersuchungen sind vielmehr Niedrigpreisstrategien und Preisdifferenzierungen.

Dies ist erforderlich, weil unmittelbare Schlüsse aus den Ergebnissen zum allgemeinen Wettbewerbsschutz auf das Rabattgesetz nicht möglich sind. Rabatte sind eine Untergruppe der Preisdifferenzierungen. Die Behandlung der einzelnen Aspekte der Preisdifferenzierungen anhand der Ergebnisse zum Wettbewerbsschutz schafft die Voraussetzung zur Beurteilung des Rabattverbotes. Das Problem der Preisdifferenzierung als Mittel von Niedrigpreisstrategien erfordert jedoch noch zuvor das besondere Eingehen auf letztere.

2.2.2.1. Niedrigpreisstrategien

Zur Identifizierung wettbewerbswidriger Niedrigpreisstrategien liegt es nahe, Vergleichsgrößen heranzuziehen. In Betracht kommen der Marktpreis eines Gutes, der Preis eines

---

1) z.B. Sölter, S. 126: "soziologisch erwünschte Struktur - räumlich optimale Verbraucherversorgung - wünschbare Produkt- und Leistungsvielfalt - ... optimales Einkaufserlebnis".
2) vgl. Heuß S. 687; Gerhardt S: 163-169; Mestmäcker, Medienkonzentration, S. 157.

bestimmten Konkurrenten oder eigene Kosten, insbesondere der Einstandspreis.

2.2.2.1.1. Bezugspunkt Marktpreis

Unter Berufung auf das Vergleichsmarktkonzept für die Prüfung mißbräuchlicher Preisüberhöhung [3] wurde von P. Ulmer [4] der Marktpreis als Vergleichsgröße vorgeschlagen.

3) jetzt § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB.
4) Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 572.

Vor dem Hintergrund des Leistungskonzepts vermutet Ulmer Leistungsfremdheit des niedrigeren Preises, - der ja auch über Rabattgewährung zustandekommen könnte - wenn weder besondere Umstände, wie Markteinführung, "defensiver" Eintritt in die Konkurrenzpreise oder Zwang zur Lagerräumung, die Marktpreisunterbietung veranlaßten noch diese Ausdruck besonderer Effizienz des Unterbieters sei.

Die Anknüpfung an den Marktpreis ist im Ansatz statisch und deshalb mit der Auffassung vom Wettbewerb als dynamischem Prozeß nicht vereinbar.[1] Eine dynamische Komponente scheint Ulmer zwar durch die Ausnahmen der Markteinführung und der größeren Effizienz einzuführen. Die Folgen bleiben aber unklar: Bezieht sich die Einführung auf ein neues Gut, so wäre die Ausnahme reichlich eng bemessen. Ansonsten müßte Einführung im Sinne von Erschließung neuer Kundenschichten verstanden werden. Damit würde die Ausnahme die Regel sprengen,[2] weshalb nicht anzunehmen ist, daß das Ulmers eigene Interpretation ist.

Die Ausnahme der größeren Effizienz deckt letztlich die Unbestimmtheit des Leistungsbegriffs erneut auf. Effizienz im auch von Ulmer realistischerweise zugrunde gelegten Mehrproduktunternehmen ist als Rechtsbegriff nicht vollziehbar,[3] es sei denn, man zerlegt das Mehrproduktunternehmen in eine Summe von Einproduktunternehmen und versucht Kostenzurechnungen vorzunehmen. Eine Kostenanknüpfung ist jedoch im Wettbewerbsprozeß nur von sehr beschränkter Aussagekraft,[4] worauf unten noch einzugehen ist.[5]

Insgesamt ist der Marktpreis kein taugliches Instrument zur

---

1) vgl. Schmidtchen, S. 32.
2) vgl. Möschel, Idee, Ordo 30 (1979), 295, 307.
3) a.a.O.
4) P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 572.
5) 2.2.2.1.5.

Identifizierung wettbewerbswidriger Niedrigpreisstrategien.

2.2.2.1.2. Bezugspunkt Konkurrentenpreis

Die Unterbietung eines oder mehrerer bestimmter Konkurrenten entspricht dem wettbewerbseigenen Streben um die Kunden durch den sich stets erneuernden Versuch, der Marktgegenseite Angebote zu unterbreiten, die diese als vorteilhaft bewertet. Mangels anderer und besserer Maßstäbe wird die Marktgegenseite, besonders wenn sie durch Endverbraucher repräsentiert ist, zu dieser Bewertung höchstens einen begrenzten Preisvergleich anstellen. Begrenzt wird dieser Preisvergleich durch das Verhältnis vom Aufwand zum erwarteten Vorteil, wobei beide Größen häufig subjektiv empfunden werden. Der Unterbietende stellt sich auf dieses Verhalten ein, was ihm so nicht zum Vorwurf zu machen ist.[1)]

Eine typische Gefährlichkeit für die Wettbewerbsfreiheit kann der Unterbietung von Konkurrenten folglich nicht zugeschrieben werden. Unter der Ambivalenz der äußeren Verhaltensweisen kann sich eine Gefährlichkeit jedoch konkretisieren, wofür dann aber weitere Umstände hinzutreten müssen, insbesondere Marktmacht des Unterbieters.[2)]

2.2.2.1.3. Kampfabsicht

Als typisch unlauter gilt denn gemeinhin, daß die Unterbietung in Vernichtungs-, Schädigungs- oder Disziplinierungsabsicht

---

1) i.E. wohl unstreitig, vgl. Hefermehl, Grenzen, GRUR Int. 83, 507, 511; P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 572 a.E.; Lehmann, Wettbewerbsrecht, GRUR 77, 633, 640.
2) Mestmäcker, Wettbewerb, S. 201.

vorgenommen wird.[1] Mit Bezug auf das Schutzgut der freien wirtschaftlichen Handelnsordnung, in der die Subjekte gerade ihre eigenen Zielvorstellungen verfolgen können, wird allerdings zu recht darauf hingewiesen, daß hierdurch nicht wieder die Gesinnungsethik durch die Hintertür eingeführt wird, sondern daß der Weg über die Kampfabsicht, so er vom Tatsachenwissen her offensteht, der leichteste ist, um zu einem Urteil über die Wettbewerbssituation zu gelangen.[2]

Hierzu kann man prima facie davon ausgehen, daß Unternehmen eine der genannten Absichten nur fassen, wenn sie die Mittel zu ihrer Ausführung besitzen.[3] Erkennbar wird ein Gefährdungstatbestand geschaffen.

Das praktische Problem besteht darin, die zugrunde liegende Absicht zu erfassen, was meist nur indirekt durch Rückschlüsse aus den eingesetzten Mitteln - wobei hier nur Rabatte interessieren -, der Marktsituation und der objektiven Interessenlage möglich sein wird.[4] Damit würden sich allerdings die Konturen der Fallgruppe "Kampfpreisunterbietung" in Richtung auf eine fallbezogene Gesamtanalyse von Marktverhalten und -struktur am Maßstab der Wettbewerbsfreiheit als Schutzgut verwischen, was jedoch in der Natur der Sache liegt.

2.2.2.1.4. bloße Kenntnis der Marktfolgen

Von Interesse ist die der gezielten Kampfpreisunterbietung zunächst liegende Fallgruppe: Ist jene noch hinsichtlich der negativen Marktfolgen mit einem voluntativen Element ausge-

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1, Rn. 205 f.; P. Ulmer, Begriff "Leistungswettbewerb", GRUR 77, 565, 572; Nordemann GRUR 75, 620, 630.
2) Möschel, Ordo, 30 (1979), 295, 302.
3) a.a.O.; ders., Pressekonzentration, S. 102; Mestmäcker, Wettbewerb, S. 163.
4) Lehmann, Wettbewerbsrecht, GRUR 77, 633, 640; Möschel,

stattet, und sei es nur als Nebenziel, so enthält diese nur noch sicheres Wissen - soweit möglich - als intellektuelles Merkmal. In strafrechtlichen Begriffen handelt es sich also um Absicht und - einfachen - direkten Vorsatz.

Prüfstein für die Frage, ob auch hier ein Gefährdungstatbestand mit einer Wirkung ähnlich einer per-se-Regelung entwickelt werden sollte, ist nicht der Fall des Supermarktes, der planmäßig mit Sonderangeboten für eine bestimmte Ware arbeitet, deren Preislage der Zielgruppe besonders geläufig ist und deren günstiges Angebot deshalb viele Kunden in das Ladenlokal bringt - die Deckung von deren sonstigem Bedarf sei dabei das einzige Ziel des Supermarktes -, wodurch aber das nächstgelegene Fachgeschäft für die herausgestellte Ware in den Ruin gerät.[1] In dieser Konstellation fällt es zu leicht, entweder die Interessen des Supermarktes an seiner Werbemaßnahme geringer zu bewerten als die des Fachgeschäftes am Überleben oder dem Supermarkt Kampfabsicht zu unterstellen, womit aber die Fallgruppe verlassen würde.[2]

Der Modellfall muß daher so strukturiert sein, daß eine so scheinbar eindeutige Interessenlage darin nicht enthalten ist, vielmehr das Wissen um die Marktfolgen sich davon einigermaßen unbeeinflußt präsentiert.

In einem von Möschel angeführten Beispiel ist die Lage so,[3] daß auch das marktmächtigere, diversifizierte Unternehmen ohne Preisunterbietung mit erheblichen Verlusten durch eine dann unrentable Produktion des bestimmten Gutes rechnen muß, weil der Markt so klein geworden ist, daß bei vorhandenen Kapazitäten bereits einer der Anbieter den gesamten Bedarf decken kann. Bietet nun das mächtigere Unternehmen zu Preisen

---

1) vgl. Lehmann, Wettbewerbsrecht, GRUR 77, 633, 640; Möschel, Idee, Ordo 30 (1979), 295, 302.
2) vgl. Lehmann a.a.O.
3) a.a.O., S. 302 f.

an, die einerseits aufgrund vorhandener Transparenz den gesamten Bedarf auf das Unternehmen lenken, andererseits wegen der Kostendegression dann wenigstens einen Deckungsbeitrag zu den fixen Kosten liefern, so kann ihm die Lage der Konkurrenz gleichgültig sein: Es kann damit zufrieden sein, durch die Bedarfskonzentration wenigstens aus dem reinen Verlustbetrieb in den Bereich der Deckungsbeiträge gelangt zu sein.

Zur selben Zeit kann ihm bewußt sein, daß die Konkurrenz aufgrund von deren Kostenstruktur etc. an dieser Situation scheitern muß. Unterstellt, ein Kartell der Anbieter scheidet aus, würde es dann eine vorzugswürdige Verhaltensweise zur Preisunterbietung geben? Ein altruistisches Verhalten zu verlangen, wäre letztlich funktionalistisch und deshalb mit dem hier unterlegten Ansatz nicht verträglich. Es hat daher den Anschein, daß auch bei sicherem Wissen eines Unterbieters vom notwendigen Ausscheiden der Konkurrenz ohne weitere Feststellungen über die Marktsitiation keine negative Bewertung erfolgen kann.

Wie oben [1] im Falle der gezielten Kampfpreispolitik wäre also eine Gesamtanalyse der Marktsituation am Maßstab der Wettbewerbsfreiheit die richtige, das heißt der Problematik angemessene, Vorgehensweise. In sie müßten dann weitere Gesichtspunkte einfließen wie ein nicht erkennbarer werbemäßiger Anlaß, Systematik des Unterbietens, Tendenz zur Marktschließung, Vorgeschichte, involvierte Marktmacht usw.,[2] um so die im Verhalten des Unterbieters angelegte Rationalität zu erschließen.[3] Im Ergebnis kehrt man damit zu den Spielarten der Kampfpreispolitik zurück, weil die Analyse doch auf die tragende Abicht des Unterbieters abzielt.

---

1) 2.2.2.1.3., S. 62.
2) vgl. Möschel, Pressekonzentration, S. 104; Emmerich S. 62 f.
3) Mestmäcker, Wettbewerb, S. 210.

Kein Aufschluß ist hingegen von dem Kriterium "leistungsgerechter Preise" zu erwarten.[1]

2.2.2.1.5. Bezugspunkt Kosten

Viel diskutiert als Vergleichsgröße und Identifikationsmerkmal wettbewerbswidriger Niedrigpreispolitik sind die Kosten eines Unterbieters, insbesondere der Einstandspreis im Handel.

In Anlehnung an Areeda/Turner [2] schlägt Hahn [3] für das Parallelproblem bei der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht als Kriterium die in vernünftiger Weise vorweggenommenen durchschnittlichen variablen Kosten vor, die nicht unterschritten werden dürften. Daran ist positiv zu vermerken, daß dieser Ansatz auf eine kausal sowieso nicht durchführbare Verteilung von Gemeinkosten verzichtet.[4]

Trotzdem ergeben sich praktische Probleme: Der Versuch der Vorwegnahme vermeidet zwar eine statische Sicht insofern, als er die wechselseitige Abhängigkeit von Kosten und Preis über den zukünftigen Absatz in sich einfügen läßt.[5] Die nun erforderlich werdende Prognose über die Kostenentwicklung kann aber schwierig sein.

Von der Annahme ähnlicher Kosten der Konkurrenten aus würde der Ansatz auch die Gefahr eines Einschlafens des Wettbewerbs von der Kostenseite her mit sich bringen. Ohne die Gefahr von Unterkostenverkäufen, aber mit der Aussicht auf juristische

---

1) vgl. Hefermehl, Entwicklungen, S. 208.
2) Nachweis bei Möschel, Idee, Ordo 30 (1979), 295, 303 f.
3) S. 209.
4) Skiba, S. 121; Möschel, a.a.O., S. 305 f.; Kurz/Rall, S. 68 f.
5) vgl. Skiba a.a.O.; Möschel a.a.O.

Auseinandersetzungen auch im Falle weitergegebener Kostensenkungen läge für die Konkurrenten ein auskömmliches Nebeneinander bei kosten- und preismäßiger Angleichung nahe.[1)]

Der Kostenansatz läßt auch außer Betracht, daß das eigene Interesse des Anbieters auf Unterkostenverkäufe gerichtet sein kann. Das ist bei Mehrproduktunternehmen der Fall, bei denen absatzmäßige Verbindungen zwischen den Gütern bestehen: Verluste beim Absatz des einen können durch Gewinne beim Absatz eines anderen, verbundenen Gutes überkompensiert werden.[2)]

Die bekannteste Fallgruppe für solche Mischkalkulation ist die des Verkaufs unter Einstandspreis im Handel. Treten nicht Irreführungsmomente hinzu,[3)] die durch die Rechtsprechung zu § 3 UWG betreffend die Lockvogel- und Sonderangebote abgefangen werden können,[4)] sondern ist der Mehrumsatz beispielsweise auf die Bequemlichkeit der Kunden zurückzuführen, so ist die Annahme nicht abwegig, daß der Unterbieter lediglich sein eigenes, gegenwartsbezogenes Interesse an einem möglichst großen Gesamtgewinn verfolgt. Da dieses Interesse selbst wettbewerbskonform ist [5)] und die Konkurrenz dabei nicht Gegenstand weitergehender Interessen sein muß,[6)] kann ein Unterein-standspreisverkauf nicht grundsätzlich als wettbewerbswidrig angesehen werden.[7)]

Die Rechtsprechung folgt dem,[8)] ihre Vorbehalte bezüglich

---

1) vgl. Skiba S. 124; Mestmäcker, Medienkonzentration, S. 157.
2) Möschel, Idee, Ordo 30 (1979), 295, 306.
3) zu den Vorstellungen der Marktbeteiligten Andersen WRP 78, 427.
4) z.B. BGH GRUR 78, 649, (Elbe-Markt).
5) d.h. wieder keine Aufspaltung eines Mehrproduktunternehmens in gedachte Einproduktunternehmen, gegen Hahn S. 210.
6) s.o. 2.2.2.1.4., S. 64.
7) Lehmann, Bemerkungen, GRUR 84, 313, 314; Oehme S. 218; Scholz WRP 83, 373 ff.
8) BGH GRUR 84, 204, 206 (Verkauf unter Einstandspreis II).

gezieltem Verdrängungswettbewerb, Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand und gemeinschädlichen Auswirkungen haben eine Beurteilung bereits als Kampfpreispolitik,[1] Bestandsgefährdung[2] und Schutz der Allgemeinheit[3] gefunden.

Unabhängig von solchen Fällen absatzmäßiger Verbundenheit verschiedener Güter kann auch ein länger dauernder Unterkostenverkauf eines Gutes als werbliche Maßnahme zur Einführung auf dem Markt erforderlich sein.[4] Eine Konkretisierung erfährt dies von Röper[5] anhand des Modells eines Produktlebenszyklus. Danach können Produkte auch noch erhebliche Zeit nach Markteinführung, aber in einer Phase von Marktwachstum, der Subventionierung bedürfen.

Schließlich kann jeder Nachfragerückgang durch geringere Deckungsbeiträge oder über erforderliche Preisanpassungen zu Verlustpreisen führen. Auch insofern sind diese Bestandteil wirksamen Wettbewerbs.[6]

2.2.2.1.6. Ergebnis zu den Niedrigpreisstrategien

Anhand der Prüfung der Vergleichsmaßstäbe zur Identifizierung wettbewerbswidriger Niedrigpreisstrategien hat die Ambivalenz äußerer Verhaltensweisen sich von der umgekehrten Seite gezeigt: Bei jedem Versuch, ein Kriterium dominierend für eine negative Bewertung heranzuziehen, ließen sich Modelle entwikkeln, in denen trotz Vorliegen des Kriteriums wettbewerbskonformes Verhalten darstellbar war. Eine Gefährlichkeit einer Niedrigpreisstrategie für die Wettbewerbsfreiheit kann deshalb regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn die Gefährdung rational im Verhalten angelegt ist. Das verlangt einerseits

---

1) s.o. 2.2.2.1.3., S. 61 ff.
2) s.o. 2.2.1.5., S. 55 ff.
3) s.o. 2.2.1.4.2.1., S. 49 f.
4) Möschel, Pressekonzentration, S. 113.
5) insbes. S. 116 ff., 140.
6) Mestmäcker, Wettbewerb, S. 222.

eine Gesamtanalyse von Marktverhalten und Marktstruktur und führt damit andererseits zur Kampfpreispolitik als gesichertem Ansatz zurück.

2.2.2.2. Preisdifferenzierungen

Der Preisdifferenzierung wettbewerbliche Ambivalenz äußert sich in der Anzahl von Gesichtspunkten, unter denen sie zu behandeln ist. Zu ihren negativen Ausdrucksformen seien die Vorwürfe herausgegriffen, daß sie Mittel monopolistischer Gewinnmaximierung sein und einer effektiven Kampfpreispolitik dienen kann, daß sie sich zur Marktschließung einsetzen läßt und daß sie zur Mißallokation von Resourcen zu führen vermag. An Positivem heißt es von ihr, daß sie erstarrten Preiswettbewerb aufweichen kann, insbesondere auf oligopolistischen Märkten, und daß sie sich als Mittel der Markteinführung und der Abtastung der Preiselastizität der Nachfrage verwenden läßt.

2.2.2.2.1. monopolistische Preisdifferenzierung

Die Preistheorie erkennt in der Preisdifferenzierung ein Mittel der Gewinnmaximierung insbesondere von Monopolisten, eingeschränkt auch von sonstigen marktmächtigen Anbietern.[1)] Ziel des Anbieters ist es, sich nicht mit einem - beliebigen - Erlös als Produkt aus Absatzmenge und Einheitspreis gemäß der als monoton fallend angenommenen Nachfragefunktion zu begnügen, sondern einen wesentlich höheren Erlös dadurch zu realisieren, daß er annähernd jeden Nachfrager zu dem Preis bedient, den dieser individuell zu zahlen bereit ist. Das lohnt sich herab bis zu den Nachfragern, bei denen der Preis die Grenzkosten des Anbieters erreicht.

---

1) dazu und auch im folgenden Fehl, S. 161-168.

Bedingung hierfür ist offensichtlich die Aufteilung des Marktes in Teilmärkte zur Isolierung der Nachfrager voneinander und Verhinderung von Arbitrage von Nachfragern verschiedener Teilmärkte. Eine Mehrzahl von Anbietern bedarf zusätzlich einer Verhaltensabstimmung untereinander, um das Ausweichen der Nachfrager sinnlos zu machen.

Da unter einem Leitbild vollkommener Konkurrenz Preisdifferenzierungen unmöglich sind, liegt es nahe, diese typischerweise als Ausnutzung einer marktbeherrschenden Position aufzufassen und hierin die Begründung für ein allgemeines Verbot der Preisdifferenzierung zu sehen.[1)]

Dagegen steht jedoch, daß es sich um die Betrachtung eines rein statischen Modells handelt.[2)] In der Realität der Marktprozesse sind Abweichungen von einem einheitlichen Marktpreis ubiquitär.[3)] Dafür, daß Preisdifferenzierungen auch wettbewerbsfördernd sein können, sind Stichworte bereits gegeben.[4)] Die Modelltheorie erweist sich als zu realitätsfern, der aus ihr gezogenen Schluß auf ein allgemeines Diskriminierungsverbot - das Rabattverbot wäre ein Teil davon - als zu wenig fundiert. Preisdifferenzierung als gewinnmaximierendes Verhalten eines Marktbeherrschers bedarf folglich der Feststellung im Einzelfall.

2.2.2.2.2. Preisdifferenzierung als Mittel des Preiskampfes

Für die Preisdifferenzierung ist anerkannt, daß sie als preispolitisches Kampfmittel eingesetzt werden kann.[5)] Gegenüber der Preissenkung als einfacherer Form besitzt sie zwei Vorteile.

---

1) in der Tendenz z.B. Schulte-Braucks, WRP 77, 472, 475.
2) Möschel, Recht, Rn. 619.
3) Fehl S. 168; Skiba S. 119.
4) s.o. 2.2.2.2., S. 68.
5) Fehl a.a.O.; Heuß S. 687; Skiba S. 95 ff.; Roth S. 10 (Fn. 75); Schulte-Braucks WRP 77, 472, 474.

Zum ersten kann die Preisdifferenzierung gezielter eingesetzt werden, das heißt dort, wo es die anvisierte Konkurrenz trifft. Demgemäß kann sie abgestimmt werden auf den Kundenstamm der Konkurrenz, deren räumliches oder sachliches Tätigkeitsfeld oder durch Abwerbung unmittelbar auf einen bestimmten Konkurrenten.[1] Ein solches Vorgehen vermeidet zugleich Verluste, die final nichts bewirken.

Die Preisdifferenzierung hat zum zweiten den Vorteil, daß sie leichter zu verdecken ist als eine Preissenkung, die in Preislisten o.ä. zum Ausdruck kommt. Wirtschaftliche oder juristische Gegenmaßnahmen sind daher weniger rasch als bei einem offenen Angriff zu erwarten. Ist die Preisdifferenzierung aber entdeckt und inhaltlich erfaßt, so kann gerade die Differenziertheit Rückschlüsse auf gewollte Folgen, also die freiheitsbeschränkende Zielsetzung und Wirkung erlauben.

Ein Verbot ist hier erforderlich, bedarf jedoch wieder der Analyse von Marktverhalten und -struktur zur Feststellung der Kampfabsicht. Kostenuntersuchungen dienen dabei bereits der Identifizierung der Preisdifferenzierung selbst.[2] Nur das Ausmaß, nicht aber die Existenz von Kostendisproportionalitäten kann daher ein Anhaltspunkt für die Analyse sein. Alle bereits erwähnten[3] Bedenken gegenüber Kostenbetrachtungen verlieren dabei nicht an Gewicht.

2.2.2.2.3. Preisdifferenzierung als Mittel der Marktschließung

In den Sonderformen gestaffelter Rabatte kann die Preisdifferenzierung zur Marktschließung führen, was vom eingenommenen Standpunkt besonders unerwünscht wäre.

---

1) Markert in Immenga/Mestmäcker, § 26 GWB, Rn. 60.
2) vgl. Fehl S. 160 f.
3) s.o. 2.2.2.1.5.

Treuerabatte haben durch ihren Strafcharakter im Falle eines unberechtigten Bezugs immanent das Ziel, als abgeschwächte Ausschließlichkeitsbindung zu wirken.[1] Ausschließlichkeitsbindungen sind jedoch ambivalent in ihrer wettbewerblichen Wirkung. Wettbewerbskonform ist beispielsweise die Verwendung durch neu in den Markt eindringende Anbieter[2] und die zur Garantie eines bestimmten Qualitätsniveaus für eine vom Abnehmer an Dritte zu erbringende Leistung im Interesse des Bindenden liefernden.[3] Gefährliche Marktschließungseffekte treten auf, wenn große Teile einer Marktseite durch Ausschließlichkeitsbindungen an die Gegenseite gebunden sind, was in der Regel die Verwendung durch marktbeherrschende Unternehmen voraussetzt.[4]

Da eine Gewährung von Treuerabatten durch einen Marktbeherrscher im erstgenannten Beispielsfall wettbewerbskonformer Prinzipien logisch unmöglich ist, im zweiten Fall für den gesetzten Zweck nicht taugt, wird man in der Regel davon ausgehen können, daß Treuerabatte durch Marktbeherrscher auf Marktschließung zielen, daher wettbewerbswidrig und auch mißbräuchlich im Sinne von §§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, 26 Abs. 2 GWB sind.[5]

Jahresbonussystemen steht ein solcher Zweck bereits nicht so deutlich auf die Stirn geschrieben, vielmehr sind sie häufig Spekulationen auf wettbewerbliche Nachtrageusancen im Handel.[6] Andererseits können eine starke Staffelung der Rabattsätze, eine große Länge der Referenzperiode und eine bedeutende Marktstärke des Anbieters auf ein verkapptes Treuerabattsystem hinweisen.[7] Gesamtumsatzrabatte können zusätzlich einen

---

1) Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 22 GWB, Rn. 127; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB, Rn. 124, Kurz/Rall S. 80 f.
2) Emmerich m.w.N. a.a.O., Rn. 7.
3) Möschel a.a.O., Rn. 131.
4) Emmerich a.a.O., Rn. 4 f.; Möschel a.a.O., Rn. 127; Kurz/Rall a.a.O.
5) Markert in Immenga/Mestmäcker, § 26 GWB, Rn. 253; Möschel a.a.O.
6) Möschel a.a.O., Rn. 128.
7) Markert a.a.O., Möschel a.a.O.

behindernden Koppelungseffekt haben.[1] Gestaffelte Mengenrabatte sind wegen des Fehlens einer Referenzperiode erheblich weniger kritisch.

Insgesamt erfordern auch diese Rabattsysteme zu ihrer Bewertung die mehrfach genannte Gesamtanalyse von Marktverhalten und Marktstruktur am Maßstab der Wettbewerbsfreiheit, wobei lediglich Treuerabattsysteme in der Anwendung durch Marktbeherrscher als Gefährdungssachverhalte aufzufassen sind.

2.2.2.2.4. Verschlechterung der Markttransparenz

Preisdifferenzierungen stehen vordergründig im Gegensatz zum Marktpreis des statischen Gleichgewichts, im Preismechanismus verschlechtern sie die Markttransparenz. Wegen der Lenkungsfunktion des Marktpreises liegt daher auch die Folge einer Mißallokation nahe.[2]

Mit ähnlicher Argumentation wurde bereits 1957 vom damaligen Abgeordneten Scheel die Einführung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots gefordert.[3] Scheel erfuhr aus dem Ausschuß die Erwiderung,[4] es komme volkswirtschaftlich nicht auf einen einheitlichen Preis, sondern ein einheitliches Preisniveau an. Das deutet bereits an, daß dem Ansatz Scheels wieder eine statische Betrachtungsweise zugrunde liegt. Daß der Realität wettbewerblicher Prozesse diese Sicht nicht gerecht wird und deshalb keine brauchbaren Ergebnisse liefert, wurde bereits ausgeführt.[5] Zur weiteren Konkretisierung sollen im Folgenden wettbewerbskonforme Einsatzarten der Preisdifferenzierung dargestellt werden.

---

1) Markert in Immenga/Mestmäcker, § 26 GWB, Rn. 251.
2) vgl. Skiba S. 120.
3) Kurzprotokoll S. 87 f.
4) a.a.O.
5) s.o. 2.2.2.2.1., S. 69.

2.2.2.2.5. Aufweichung erstarrten Preiswettbewerbs

Weitgehende Übereinstimmung besteht darin, daß Preisdifferenzierungen ein wichtiges Element vorstoßenden Preiswettbewerbs, Kristallisationskeim allgemeiner Preissenkungen sein können, indem sie einen erstarrten Preiswettbewerb aufweichen.[1)]

Je stärker eine unter Anbietern vorhandene oligopolistische Interdependenz ausgeprägt ist, wozu hohe Markttransparenz und Reagibilität seitens der Kunden gehören, desto höher ist auch die für die isolierte Nachfrage eines bestimmten Anbieters vorhandene Preiselastizität im Verhältnis zur Preiselastizität der Nachfrage für die gesamte Anbietergruppe. Für den einzelnen Anbieter ist daher der Versuch interessant, durch Preissenkungen unter Ausnutzung seiner eigenen Preiselastizität erdrutschartig Nachfrage auf sich zu lenken, nämlich die gesamte zum bisherigen Marktpreis befriedigte zuzüglich derer, die durch den gesenkten Preis aktiviert wird.

In der Wettbewerbsdynamik und verstärkt in oligopolistischer Interdependenz muß der Anbieter jedoch damit rechnen, daß sein Verhalten von der Konkurrenz so rasch kopiert würde, daß letztlich alle sich bei unwesentlich veränderten Marktanteilen auf dem niedrigeren Preisniveau wiederfänden. Das allgemeine Bewußtsein dieses Problems führt konsequenterweise zum Einschlafen preislicher Aktivitäten.

Da die hohe Markttransparenz notwendige Bedingung dieses Mechanismus ist, liegt es nahe, Mittel des Geheimwettbewerbs einzusetzen, um der Entdeckung des eigenen Verhaltens durch die Konkurrenten so lange zu entgehen, daß der Vorstoß ren-

---

1) z.B. Fehl S. 168; Heuß S. 681 f.; Gerhardt S. 144; Markert in Immenga/Mestmäcker, § 26 GWB, Rn. 60; Möschel, Recht, Rn. 619; Kartte/Müller S. 38; Kurz/Rall S. 88; Sack, Adressatenkreis, GRUR 75, 511, 519; Schulte-Braucks WRP 77, 472; 475; Skiba S. 99; Van den Bergh WRP 83, 79; Weiß S. 102 f.

tierlich erscheint.[1] Preisdifferenzierungen, vor allem in der Form geheimer Rabatte, sind ein solches Mittel. Ferner geben sie die Chance, daß auch im Falle der Entdeckung die Konkurrenz ein Nachziehen für nicht sofort erforderlich hält.[2]

Solche Preisdifferenzierungen haben dann die Tendenz zu einem generellen Preisdruck, indem sie die imitative Phase des Preiswettbewerbs in Gang setzen. Die erforderliche Mindestinformation hierfür beziehen die Konkurrenten wenigstens aus ihrem Umsatzrückgang.[3]

2.2.2.2.6. Preisdifferenzierung zur Markterschließung

Preisdifferenzierungen vermögen ferner als Mittel zur Markterschließung eingesetzt werden,[4] worunter sowohl das geographische Vordringen als auch die Gewinnung bestimmter neuer Kunden fallen. Die Bedeutung der Preisdifferenzierung zu letztgenanntem Zweck zeigt sich besonders in den Fällen, in denen der Umworbene als Großabnehmer herkömmlich erhebliche Vorteile aus einem Bonussystem bezieht. Das Abwerben während einer laufenden Referenzperiode erfordert dabei regelmäßig eine starke Mischkalkulation - Unterfall der Preisdifferenzierung. Das Problem deckt sich teilweise mit dem der Untereinstandspreisverkäufe.[5] Insoweit wäre ein Preisdifferenzierungsverbot also eine Marktzutrittsschranke.

---

1) s.o. 2.2.1.5., S. 54.
2) vgl. Skiba S. 99.
3) Gießer WRP 79, 848, 849.
4) Kartte/Müller S. 38; Möschel, Recht, Rn. 619; Skiba S. 100 f., 131; Schulte-Braucks WRP 77, 472, 475.
5) s.o. 2.2.2.1.5., S. 66.

2.2.2.2.7. experimentelle Preisdifferenzierungen

Zuletzt sei noch erwähnt, daß es einem Anbieter erlaubt sein muß, mittels Preisdifferenzierungen sich über die für seine Nachfrage geltende Preiselastizität sowie über die Verschiebung des Marktpreises zu informieren.[1] Hierfür allgemeine Preisänderungen zu verlangen, wäre unzumutbar.

2.2.2.2.8. Ergebnis zur Preisdifferenzierung

Wie Niedrigpreisstrategien erforden auch Preisdifferenzierungen zu ihrer wettbewerblichen Beurteilung die Einzelfallanalyse. Gefährdungstatbestände sind derzeit nur für Fälle von Kampfstrategien und für Treuerabatte durch Marktbeherrscher zu entwickeln, diese machen jedoch nicht die Masse der realen Preisdifferenzierungen aus.

Unvereinbar mit dem Erfordernis der Einzelfallanalyse wäre ein allgemeines Preisdifferenzierungsverbot.[2]

---

1) Kartte/Müller S. 38; Möschel, Recht, Rn. 619; Skiba S. 117, 131; Weiß S. 103.
2) Markert in Immenga/Mestmäcker, § 26 GWB, Rn. 59, 68; Mestmäcker, Wettbewerb, S. 209; Möschel a.a.O.; Skiba S. 138.

2.2.3. Folgerungen für das Rabattgesetz

Indem Grundlagen für das Verständnis gelegt sind, kann nunmehr das Rabattgesetz unter besonders konkurrentenbezogenen Gesichtspunkten behandelt werden.

Hierzu sollen den Bedenken gegen Rabatte für den letztverbraucher - Stichworte Niedrigpreispolitik, Marktschließung und Störung der Marktpreisbildung - die wettbewerbskonformen Wirkungen dieser Rabatte - insbesondere die Förderung des Preiswettbewerbs - gegenübergestellt werden.

2.2.3.1. Rabatte und Niedrigpreispolitik

Wenn die Sorge vor übersteigerten, wirtschaftlich nicht vertretbaren Nachlässen und ähnlichem ausgedrückt wird [1] und zugleich auf die schützenswerten Interessen der Mitbewerber abgehoben wird, so liegt darin die Befürchtung, ohne das Rabattgesetz drohten gefährliche Niedrigpreispolitiken auf der Stufe der Unternehmer, die dem Letztverbraucher vorgelagert ist.

Daran ist richtig, daß Rabatte Unterfälle der Preisdifferenzierung sind, für die oben [2] festgestellt wurde, daß sie Vorzüge beim Einsatz als Kampfmittel aufweist. Zugleich wurde aber bemerkt, daß, wie allgemein bei Niedrigpreispolitiken, [3] die negative Bewertung einer bestimmten Differenzierung als Gefährdungssachverhalt das Vorhandensein einer Kampfabsicht im Einzelfall voraussetzt. Auf das Rabattgesetz angewandt

---

1) z.B. Begründung S. 438; Prölls DB 67, 1355, 1357; Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 1, 3; Kisseler WRP 75, 129, 131; Michel/Weber/Gries, RabG, Einleitung, Rn. 6; BGH GRUR 58, 329, 331 (Teilzahlungskauf).
2) 2.2.2.2.2., S. 69 f.
3) 2.2.2.1.6., S. 67 f.

führt das zu der Frage, ob außerhalb der Ausnahmeregelungen vom Rabattverbot eine solche Kampfabsicht zu vermuten ist. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr gibt es wie auch bei den allgemeinen Preisdifferenzierungen für die in Frage stehenden Rabatte eine Vielzahl von Motivationslagen bis hin zu den überhaupt nicht konkurrenzbezogenen Fällen von Beziehungskauf. Insoweit geht der Verbotsbereich des Rabattgesetzes also über das erforderliche Maß hinaus. Daß auch pauschale Befürchtungen hinsichtlich vorhandener Marktstrukturen [1] das Verbot nicht tragen, folgt aus den Ausführungen zum Strukturschutz.[2]

Auf der anderen Seite erfaßt das Rabattverbot nur einen kleinen Teil aller gezielt freiheitsbeschränkend einsetzbaren Preisdifferenzierungen. Ihm unterliegen nicht die vorgelagerten Handelsstufen, es verbietet nicht die Mischkalkulation mit unterschiedlichen Stückgewinnproportionen und die örtliche Preisspaltung scheint derzeit auch zulässig zu sein. Für diese Unterscheidung ist aber kein innerer Grund ersichtlich, da auch in den genannten Beispielen die Preise mit wettbewerbsbeschränkendem Zweck differenziert werden können.

Das Rabattgesetz wird also dem abstrakten Gefährdungspotential von Preisdifferenzierungen nicht gerecht. Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob im typischen Anwendungsbereich des Einzelhandels trotz des Konzentrationsprozesses in erheblichem Umfang Marktstellungen vorhanden sind, die es gestatten, durch Letztverbraucherrabatte den Wettbewerb konkret zu beschränken.[3]

Insgesamt ist das Rabattgesetz der Problematik von Niedrigpreisstrategien derart unangemessen, daß es eine Rechtfertigung darin nicht findet. Ohne es würde sich auch keine Regelungs-

---

1) z.B Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 1, 3; Prölls DB 67, 1355, 1357.
2) oben 2.2.1.5., S. 54 f.
3) Mestmäcker, Wettbewerb, S. 228.

lücke auftun, weil außerhalb der kartellrechtlichen Regelungen zum Behinderungsmißbrauch § 1 UWG mit Bezug auf Niedrigpreisstrategien aktiviert ist.[1] Seiner Anwendung auf Fälle von Kampfpreisstrategien durch Rabatte an Letztverbraucher stünde nichts im Wege.

2.2.3.2. Rabatte und Marktschließung

Für Treuerabatte seitens marktbeherrschender Unternehmen wurden deren wettbewerbspolitische Gefährlichkeit wegen des immanenten Marktschließungszwecks dargetan, ebenso, daß Bonussysteme sich in derselben Richtung instrumentalisieren lassen.[2] Im Ansatz gilt das selbstverständlich auch für den Regelungsbereich des Rabattgesetzes.

Indes stellt sich die Frage, ob ohne Rabattgesetz das Problem sich in ähnlicher Schärfe stellen würde, wie es in den vorgelagerten Handelsstufen möglich ist. Mit Blick auf die historischen Erfahrungen fällt auf, daß in der amtlichen Begründung zum Rabattgesetz Marktschließungseffekte nicht beschrieben sind.[3] Die Vermutung liegt nahe, daß solche Effekte nicht bestanden haben, zumindest nicht als problematisch empfunden wurden.

Das könnte an den wettbewerblichen Gegebenheiten liegen. Die "Treue" von Letztverbrauchern ist selbst bei hochwertigen Konsumgütern des aperiodischen Bedarfs kaum zu überprüfen, erst recht nicht bei der Summe der angebotenen Waren eines Supermarktes. Erstgenannte haben auch meist eine zu lange Gebrauchsdauer - zum Bespiel PKWs -, als daß handhabbare

---

1) vom Benrather Tankstellen-Fall RGZ 134, 342 bis BGH GRUR 84, 204 (Verkauf unter Einstandspreis II).
2) s.o. 2.2.2.2.3., S. 70 f.
3) s. Begründung.

Referenzperioden aufgestellt werden könnten. Bei einem Ausweichen auf Bonussysteme für einfachere Konsumgüter wären möglicherweise entweder die Umsätze pro Abnehmer zu klein, um attraktive Anreize für die Bezugskonzentration bieten zu können, oder die Referenzperiode müßte wieder zu groß angesetzt werden. Ferner bestünde Konkurrenz seitens der Discounter: Die Rabattmarke ist nicht grundlos untergegangen.

Zur Entstehungszeit des Rabattgesetzes waren die Konsumgütermärkte für Letztverbraucher auf der Angebotsseite eher polypolistisch strukturiert.[1] Marktschließungseffekte können auch deshalb kaum bestanden haben. Allerdings ist im Einzelhandel der Wandel zur Konzentration hin eingetreten. Diese Voraussetzung für einen wettbewerbswidrigen Einsatz eines Bonussystems könnte daher auf vereinzelten Märkten erfüllt sein. Eine dann immerhin denkbare Schutzlücke wäre aber bereits durch das Kartellrecht geschlossen.[2]

Zugleich würde das Problem im theoretischen Ansatz wieder richtig erfaßt und der ansonsten überschießende Regelungsbereich des Rabattverbotes wäre ohne es nicht vorhanden.

Auch im Hinblick auf Rabattsysteme mit möglichen Marktschließungseffekten ist das Rabattgesetz somit entbehrlich.

2.2.3.3. Rabatte und Markttransparenz/ Marktpreisbildung

Eine weitere angebliche Schutzrichtung des Rabattgesetzes, nämlich zugunsten aller Marktbeteiligten Störungen der Marktpreisbildung sowie Mißallokationen verhindern zu sollen, läßt sich als Tendenz aus folgenden Bedenken herauslesen: Durch flexible Manipulationen am Preis werde die wahre Preisstruktur

1) s.u. 3.1.
2) s.o. 2.2.2.2.3., S. 71.

eines Anbieters verheimlicht,[1] ergo seine Leistungsfähigkeit verschleiert und die Steuerungsfunktion der Verbraucherentscheidung verfälscht,[2] bzw. die Kreuzpreiselastizität auf der Angebotsseite vermindere sich und die Antriebs- und Auslesefunktion des Wettbewerbs verliere ihre Wirksamkeit.[3]

Daß eine solche Auffassung auf rein statischer Grundlage den Marktprozessen nicht gerecht wird und gerade wettbewerbskonforme Formen von Preisdifferenzierungen bzw. - worauf noch einzugehen ist - Rabatten hierbei gänzlich ausgeblendet werden, ist bereits begründet.[4] Auch fehlt es am Nachweis einer zu befürchtenden Verschlechterung der Markttransparenz über das sowieso vorhandenen Maß hinaus.

Diesbezüglich ist auf das Preisangabenrecht hinzuweisen, das sich in seinem gegenständlichen Anwendungsbereich weitgehend mit dem des Rabattgesetzes deckte. Die Meinung wird vertreten, ohne Rabattverbot wäre auch das Preisangabenrecht funktionslos,[5] was gleichbedeutend wäre mit der genannten Verschlechterung der Markttransparenz.

Dieser Funktionsverlust hätte jedoch wenigstens zwei Voraussetzungen, nämlich eine weite Verbreitung der Rabattgewährung auf den Märkten und eine Kalkulation der Unternehmen, die eine häufige und erhebliche Rabattgewährung zuließe. Letzteres zu widerlegen, ist bereits versucht.[6] Eine weite Verbreitung der Rabatte ist nur dort zu erwarten, wo es sie schon gibt: Im Handel mit höherwertigen Konsumgütern des vor allem aperiodischen Bedarfs[7] und dort, wo Gewerbetreibende als Letztver-

---

1) Kisseler WRP 75, 129.
2) Fezer BB 76, 705, 714; ähnl. Döll, Auslegung, BB 63, 319, 322.
3) Doepner GRUR 76, 16, 20.
4) 2.2.2.2.4., S. 72.
5) Borck WRP 68, 254; Doepner a.a.O.; v. Gamm, Nebengesetze, § 1 RabG, Rn. 5; Kisseler a.a.O.
6) s.o. 2.1.4.3.2., S. 34 f.
7) s.o. 2.1.1., S. 16.

braucher auftreten, beispielsweise beim Bürofach- und beim Brennstoffhandel.

Auf den letztgenannten Märkten Befürchtungen für die Preisbildung zu hegen, wäre weltfremd. Kaufleute sind Preisvergleiche und Verhandlungen gewohnt, die Marktbeteiligten haben regelmäßig genauere Vorstellungen über den Marktpreis auch eines betrieblichen Hilfsmittels als Privatverbraucher hinsichtlich der Gegenstände ihres laufenden Bedarfs.

Dieser Bereich des Privatverbrauchs wird von der Rabattgewährung ziemlich unberührt bleiben. Eine Ursache ist, daß hier die Preisreagibilität vergleichsweise gering ist. Der Privatverbraucher hat regelmäßig Präferenzen, als da sind: ihm günstige Lage der Einkaufsstätte, Parkmöglichkeiten, Einkaufsatmosphäre, Serviceerwartungen, Qualitätsvorstellungen. Ein höherer Preis wird häufig mit höherer Qualität und folglich subjektiv höherer Preiswürdigkeit gedanklich verbunden.[1] Bei geringerer Preisreagibilität hat aber auch ein Rabatt für den Konsumenten weniger Bedeutung.

Mit Gerhardt [2] trifft es gewiß zu, daß das Konsumentenpreisbewußtsein beim laufenden Bedarf in der Nachkriegszeit zugenommen hat, weil der Privatverbraucher durch Motorisierung, bessere Lagermöglichkeiten zuhause und Großbetriebsformen des Einzelhandels die Möglichkeit hat, sich preisgünstig zu versorgen. Allein für die Frage der Rabattgewährung ist das bedeutungslos, da in der Argumentation Gerhardts [3] der Privatverbraucher sein Preisbewußtsein auf die Wahl der Einkaufsstätte konzentriert, nicht aber aufs Verhandeln. Dem würden auch die Bedingungen des modernen Massenabsatzes entgegenstehen.[4]

---

1) vgl. Woll S. 73, 77 f.; Mickwitz S. 281 f.
2) S. 90 f.
3) a.a.O.
4) s.o. 2.1.1., S. 15 ff.

Rabattgewährung, konzentriert auf den Handel mit höherwertigen Konsumgütern des aperiodischen Bedarfs, würde den Privatverbraucher also nur in einem kleinen Bruchteil seiner Kaufakte betreffen. Zugleich würde die Rabattgewährung, wie schon jetzt, auf preisaktivem Verhalten des Verbrauchers beruhen.

Es ist auch die Frage, ob durch die Angabe eines Preises im Sinne einer Preisobergrenze die Marktgegenseite in ihren Vergleichsmöglichkeiten überhaupt beeinträchtigt würde. Ist der Nachlaßgewährende sowieso der Billigste, so schadet der Rabatt nichts, ist er es nicht, so hilft ihm der Einzelrabatt in Einzelfällen. Ein allgemeiner Rabatt gleicht einer Preissenkung. Eine wesentliche Ablenkung der Kundenströme ist nicht recht vorstellbar.[1)]

Dem entspricht es, daß § 1 Abs. 1 S. 1 PrAngVO vorsah, daß die Preise unabhängig von einer Rabattgewährung anzugeben waren. Immerhin - auch einfache 3% Skonto könnten als Störung der Preisvergleichsmöglichkeiten aufgefaßt werden.

Zusammengefaßt sind Beeinträchtigungen der Markttransparenz ohne das Rabattgesetz weder im Bereich des privaten, noch dem des gewerblichen Verbrauchs zu erwarten. Auch die theoretischen Grundlagen vermögen die Befürchtung der Störung der Markttransparenz und der Mißallokation nicht zu tragen.

2.2.3.4. Rabatte und Aufweichung erstarrten Preiswettbewerbs

2.2.3.4.1. Rabatte bei oligopolistischer Interdependenz

An zu erwartenden wettbewerbskonformen Wirkungen der nach dem Rabattgesetz verbotenen Nachlässe ist vorrangig zu nennen die

---

1) vgl. Johannson S. 66 f.

Aufweichung erstarrten Preiswettbewerbs.

Aus der Theorie der Preisdifferenzierung heraus wäre Voraussetzung hierfür das Vorhandensein oligopolistischer Interdependenzen auf der Anbieterseite.[1] Als wiederum deren Bedingungen werden genannt: beschränkte Anzahl etwa gleichmächtiger Anbieter, annähernd homogenes Produkt, Marktzutrittsschranken und hohe Reagibilität der Nachfrage.[2] Daß diese Bedingungen im Regelungsbereich des Rabattgesetzes erfüllt sind, wird insbesondere von Gerhardt [3] verneint: Die Einzugsgebiete der Einzelhändler seien zu groß, die Größen zu unterschiedlich, um oligopolistische Strukturen anzunehmen. Gerade wegen der angestrebten Heterogenisierung fehle es an homogenen Produkten. Die Marktzutrittsschranken seien sprichwörtlich niedrig. Wie bereits erwähnt,[4] gibt es unter Letztverbrauchern häufig Präferenzen.

Daß ein Zustand vollständiger Konkurrenz erreicht wäre, wie diese Beschreibung nahelegt, trifft nicht zu. Die Überlappung der einzelnen Absatzgebiete rührt auch aus der Tendenz zu Großbetriebsformen im Handel und zur Konzentration her. Die Produkte sind nicht so heterogen, als daß nicht allgemeine Preislagen konkreter Betriebe identifiziert würden. Der Konzentrationsprozeß hat die Marktschranken erhöht und Käuferpräferenzen wirken angesichts offener Preisunterschiede nur begrenzt. So sind auf den Einzelhandelsmärkten doch nennenswerte gegenseitige Abhängigkeiten in der Preisfestsetzung vorhanden. Außerdem geben globale Aussagen wie die Gerhardts kaum Aufschluß über die Verhältnisse auf einem sachlich, räumlich und zeitlich abgegrenzten Markt. Da werden die Verhältnisse einmal graduell stärker, einmal schwächer oligopolisti-

---

1) s.o. 2.2.2.2.5., S. 73.
2) Gerhardt S. 92.
3) a.a.O.; ähnl. P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 209.
4) s.o. 2.2.3.3., S. 81.

scher Interdependenz entsprechen. Unter solchen Umständen gibt die Möglichkeit freier Rabattgewährung bereits einen Sinn.

2.2.3.4.2. Rabatte bei Herstellerpreisempfehlungen

Spezifisch für die letzte Handelsstufe kommt als Ursache preiswettbewerblicher Erstarrungen der Zusammenhang mit den "unverbindlichen Preisempfehlungen" von Herstellern nach § 38a Abs. 2 Nr. 1b GWB hinzu.

Unter Geltung des Preisangabenrechts ist ein Einzelhändler zur Preisangabe gezwungen. Wenigstens zwei Faktoren beeinflussen seine Bereitschaft, von den o.g. Preisempfehlungen abzuweichen: Von der Sortimentsgröße einerseits hängt der Aufwand zur Kalkulation, zur Erstellung von Preislisten und - bei Verbraucherpreisempfehlungen, die noch immer etwa ein Viertel aller Preisempfehlungen ausmachen[1] - zur Aus- und Umzeichnung ab. Die Verteilungsrationalisierung geht also in dem Maße verloren, in dem sich der Händler zu einer eigenständigen Preispolitik entschließt. Auf der anderen Seite spielen auch die persönlichen Fähigkeiten und Intentionen zur selbständigen Kalkulation eine Rolle sowie ein häufiger Druck der Hersteller zur Einhaltung ihrer "Empfehlungen".

Hat sich der Händler zur Übernahme der Preisempfehlung entschlossen, so macht er sie damit regelmäßig zu seinem Normalpreis im Sinne des Rabattgesetzes. Die Preisempfehlung vermag daher teilweise die Preisbindung zu ersetzen - wozu das Rabattgesetz wesentlich beiträgt.[2]

---

1) Reich S. 373.
2) Döll, Auslegung, BB 63, 319; Emmerich S. 65; Gleiss/Hootz NJW 63, 627; Lehmann, Anmerkung 2, GRUR 78, 377; ders., Bemerkungen, GRUR 84, 313, 316; P. Ulmer, Verbraucherpreisempfehlung, GRUR Int. 83, 611, 612; Woll S. 94, 115.

Daß diese Zusammenhänge in der Wirtschaft bewußt sind, darf man annehmen. Die von Creutzig [1] mit spürbarer Genugtuung zitierten Urteile des Landgerichts Rottweil und des Oberlandesgerichts Nürnberg, wonach mit der "Aktion unlauterer Wettbewerb" nicht ein Umfunktionieren der unverbindlichen Preisempfehlung in eine Preisbindung gewollt sei, wirken daher "blauäugig". Der vom Landgericht Bielefeld zitierte [2] Satzungszweck der Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes zur Aufrechterhaltung lauteren Wettbewerbs e.V., "ruinösen Wettbewerb unterbinden" zu wollen, legt angesichts der eher mittelständischen Struktur des Kfz-Handels den Verdacht sehr nahe, daß mit der genannten Aktion in Wahrheit wirksamer Preiswettbewerb "geordnet" werden soll.[3]

Die Größenordnung dieser faktischen Preisbindung dürfte anhand folgender Zahlen abzuschätzen sein: Batzer u.a. [4] zitieren eine Erhebung des Ifo Instituts aus dem Jahre 1969, wonach damals der Anteil der Waren, bei denen Preisempfehlungen befolgt wurden, 20% des Gesamtumsatzes betrug. Rechnet man noch den damaligem Anteil der preisgebundenen Waren von 17% in der Annahme hinzu, daß die Preisbinder zur Preisempfehlung übergegangen sind, so darf man vermuten, daß ein Drittel bis zwei Fünftel des Gesamtumsatzes des Einzelhandels mit befolgten Preisempfehlungen erzielt werden. Dabei wäre aber die Annahme verfehlt, der Rest unterliege selbständiger Preispolitik. Es wurden vielmehr weitere 28% des Umsatzes mittels pauschalierter Kalkulation erzielt.

2.2.3.4.3. Rabatte bei pauschalierter Kalkulation

Diese pauschalierte Kalkulation scheint heute noch in von kleineren Betriebsformen beherrschten Sparten, zum Beispiel des

---

1) DB 84, 171.
2) a.a.O.
3) zur "ruinösen Konkurrenz" vgl. Heuß S. 687.
4) S. 21.

Handels mit Bekleidung des gehobenen Genres eine erhebliche Rolle zu spielen. Als Ursachen werden genannt:[1)]

- Ständische Vorstellungen zielen auf ein "standesgemäßes" Einkommen. Kosten und Gewinn werden über eine auf Erfahrung beruhende Handelsspanne abgedeckt. Händler begreifen sich untereinander eher als Standeskollegen denn als Wettbewerber, nach außen eher als Absatzmittler denn als Angehörige eines selbständigen Wirtschaftsbereiches.

- Mangelndes kaufmännisches Wissen, der Einsatz von Familienangehörigen und die genannte ständische Haltung behindern die Ausbildung eines betrieblichen Rechnungswesens, das erst die Möglichkeit schaffen würde, weniger global als mittels der Aufschlagskalkulation zu verfahren. Dies steht auch einer rationellen Betriebsführung im Wege.

- Ein stark begrenztes Wachstum des Nachfragevolumens dämpft die Bereitschaft, durch preisaktives Verhalten den Umsatz auszuweiten, weil die Vorstellung besteht, daß das zu lasten der Konkurrenten gehen müßte.[2)] Die Möglichkeit, durch starke Preissenkungen für bestimmte höherwertige Konsumgüter neue Käuferschichten zu erschließen, wird gerade im Bewußtsein der Grenzen der eigenen kaufmännischen Fähigkeiten als zu spekulativ empfunden. Außerdem würde das häufig dem eigenen Versuch zur Heterogenisierung des Angebots zuwiderlaufen.

Es soll nicht geleugnet werden, daß, global betrachtet, in der Nachkriegszeit der Preiswettbewerb im Einzelhandel sich erheblich verstärkt hat, vor allem über neue Betriebstypen und -größen und im Rahmen des Konzentrationsprozesses. Es sind jedoch noch immer Bereiche vorhanden, in denen durch Aufschlagskalkulation, Herstellerpreisempfehlungen oder oligo-

---

1) vgl. Woll S. 48 ff.; Oehme S. 218, 222.
2) Woll S. 25.

polistische Strukturen der Preiswettbewerb gedämpft ist.

2.2.3.4.4. Rabatte und Preissenkungstendenzen

Auflockerung eines erstarrten Preiswettbewerbs durch Rabatte bedeutet deren Ausbreitung und die Tendenz zu Preissenkungen oder - allgemeiner gefaßt - das Ingangkommen der imitativen Phase des Preiswettbewerbs.

Hiergegen wird eingewandt, der Anbieter mache Preiszugeständnisse nur unter Druck, werde also weitere Rabattgaben zu vermeiden suchen.[1] Das trifft nur insoweit zu, wie der Anbieter nicht beabsichtigt, neue Kundschaft zu gewinnen. Druck zu erzeugen wird wohl auch von all den Nachfragern versucht werden, die von vorausgegangenen Rabattzugeständnissen erfahren haben. Mit Bezug auf das Rabattgesetz ist zu ergänzen, daß ein so zurückhaltendes Anbieterverhalten vom Rabattverbot noch gefördert würde.

Häufiger wird aber angenommen, daß Rabatten eine solche Tendenz zur Ausbreitung innewohnt.[2] Aus der Zeit lange vor Erlaß des Rabattgesetzes stammt die folgende, wohl authentische Schilderung: "Es sind uns Geschäfte bekannt, die diesen Vereinen (i.e. Beamten- und Lehrervereine, d. Verf.) 10% Rabatt geben, während die anderen Kunden die Waren zum vollen Preis ohne Abzug bezahlen müssen. Trotzdem diese Vereinbarungen geheim gehalten werden sollten, wurden sie bekannt; dadurch wurde das Verlangen der Konsumenten nach Rabatt allgemein."[3] Dem ist nichts hinzuzufügen.

---

1) Roth S. 30; Sack, Adressatenkreis, GRUR 75, 511, 520.
2) z.B. Hoth/Gloy, RabG, Einführung, Anm. 2; Koenigs NJW 61, 1041, 1043; P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 215.
3) aus Rabatt-Spar-Vereinszeitung Nr. 10/1906, zitiert nach Faucherre, S. 10.

2.2.3.5. Rabatte und Flexibilität im Absatz

Die Möglichkeit freier Rabattgewährung würde den Anbietern auch in anderer Hinsicht mehr Flexibilität verleihen. Insbesondere den mittelständischen Unternehmen käme dies wegen der leichter zu erreichenden Nähe zum Kunden zugute. Großbetrieben stehen andere Handlungsmöglichkeiten offen, weshalb ihnen die Zulässigkeit der Rabattgewährung nicht sonderlich dienlich wäre, andererseits sie nicht darauf angewiesen wären.[1] Drei Beispiele sollen die zu erwartende Flexibilität erläutern:

- Bereits bei der Behandlung der Preisdifferenzierung wurde ausgeführt,[2] daß Preisdifferenzierung der experimentellen Erforschung der Preiselastizität sowie des aktuellen Marktpreises dienen kann. Das gilt gerade auch für Rabatte.

- Neue Verkaufsmethoden könnten durch die Zulässigkeit von Rabatten gefördert werden. Beispielhaft werden genannt[3] Rabatte zu umsatzschwachen Zeiten oder bei schnellen Umsatzakten zur Verstetigung oder Beschleunigung des Umsatzes. Wenn auch anscheinend in der Schweiz das erste Beispiel erfolglos erprobt worden ist, so bedeutet das nicht, daß der Wettbewerb nichts Neues und Besseres hervorbringt.

  Oder: Kurz vor Sonderveranstaltungen könnten Geschäfte mit erheblicher Stammkundschaft dieser bereits die folgenden, dann gesenkten Preise einräumen wollen, um bei der Stammkundschaft später nicht das Gefühl des Genepptseins aufkommen zu lassen.[4]

- Davon ausgehend, daß der Absatz problemloser Massenware zunehmend durch die Großbetriebsformen geschieht, liegt die

---

1) Sack, Adressatenkreis, GRUR 75, 511, 519.
2) 2.2.2.2.7., S. 75.
3) P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 212; Havenga S. 114.
4) Buskirk S. 255 f.

Chance des mittelständischen Handels in speziellen Waren- und Dienstleistungsbündeln für den Individualbedarf.[1] Hierzu gehören aber auch individuelle Preise, deren Erstellung hinsichtlich einer Abweichung von der vorgeschriebenen Preisangabe nach unten durch das Rabattverbot erschwert wird. Eine Variante ist die aktuelle Problematik der "Aktion unlauterer Wettbewerb".[2]

2.2.4. Ergebnis zum Konkurrentenschutz

Die Untersuchung der konkurrentenbezogenen Gesichtspunkte des Rabattgesetzes hat ergeben, daß es hinsichtlich des Schutzes vor wettbewerbswidrigen Niedrigpreisstrategien keine Funktion hat. Dasselbe gilt für auf Marktschließung zielende Rabattarten, besonders, wenn man die kartellrechtlichen Normen zum Behinderungsmißbrauch berücksichtigt. Auch Befürchtungen für Marktpreisbildung und Resourcenallokation sind nicht hinreichend fundiert.

Dem stehen zu erwartende wettbewerbskonforme Wirkungen von Rabatten gegenüber: vor allem die Förderung des Preiswettbewerbs bei Erstarrungen durch Herstellerpreisempfehlungen, pauschalierte Kalkulation oder oligopolistische Interdependenzen, aber auch sonstige Flexibilisierung schwerpunktmäßig zugunsten mittelständischer Anbieter. Mit Konkurrentenschutz ist das Rabattgesetz daher ebenfalls nicht zu begründen.

---

1) Batzer u.a. S. 318.
2) s.o. 1.2.3., S. 9 f.; 2.2.3.4.2., S. 85.

2.3. Schutz vor Nachfragemacht

Bisher anscheinend nicht diskutiert worden ist die Frage, ob das Rabattverbot als Diskriminierungsverbot dem Schutz der Anbieterseite vor marktmächtigen Letztverbrauchern dient. Das Problem kann sich beispielsweise stellen, wenn sich als Nachfrager regional bedeutende Unternehmen und als Anbieter Angehörige freier Berufe gegenüberstehen. Da jedoch der gesamte private Verbrauch mit der atomistischen Struktur seiner Träger unter das Rabattverbot fällt, würde schon der - wieder - überschießende Regelungsbereich des Rabattgesetzes die Annahme dieser Schutzrichtung ad absurdum führen.

Andere Normen erfassen mit vertikaler Schutzrichtung unmittelbar das Problem der Nachfragemacht, nämlich §§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, 2 und 26 Abs. 2, 3 GWB sowie die Fallgruppe des "Anzapfens" von § 1 UWG.[1] Sogar die Honorarordungen der freien Berufe enthalten Untergrenzen für Honorarvereinbarungen.

2.4. Ergebnis zur lauterkeitsrechtlichen Begründung des Rabattgesetzes

Das Rabattgesetz ist als lauterkeitsrechtliche Regelung untersucht. In den Schutzrichtungen auf die Marktgegenseite, die Konkurrenten und die Anbieterseite wurde die Tragfähigkeit der für das Rabattverbot vorgebrachten Begründungen insgesamt verneint. Als letztes Feld, auf dem Argumente für das Rabattgesetz vorgetragen sind, bleibt der Mittelstandsschutz zu erörtern.

---

1) vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 22 GWB, Rn. 141, 146.

3. Mittelstandsschutz durch das Rabattgesetz

3.1. geschichtliches Umfeld der Entstehung des Rabattgesetzes

Es gibt Beschreibungen des Rabattwesens bis 1933, die es kennzeichnen durch maßloses Übersteigerungen der Rabatthöhen, zusammenbrechende Rabattsparvereine, gewissenlose Bankrotteure und Rabatt-Hysterien der Kundschaft.[1]

Hiervon hebt sich die Schilderung Johannsons [2] in ihrer Detailliertheit ab. Er zeigt auf, daß der schon seit dem 19. Jahrhundert unter dem "Übersetzungsproblem" leidende Kleinhandel zusätzlich mit Beginn der Dreißigerjahre durch die Weltwirtschaftskrise einen Umsatzeinbruch von nominal 40% erfährt. Hinzu kommt allmählich effektiv werdender Preiswettbewerb von Großbetrieben des Handels und von Konsumvereinen, einem anscheinend für den Kleinhandel in dieser Schärfe neuen, insoweit also ungewohnten Phänomen.

In rascher Folge werden nun Normen geschaffen, die alle den Wettbewerb im Einzelhandel dämpfen: Die "Notverordnung des Reichspräsidenten zum Schutz der Wirtschaft" vom 9.3.32 bringt mit sich die Zugabeverordnung, die Neufassung des Rechtes der Aus- und Räumungsverkäufe und Beschränkungen für Errichtung und Betrieb von Einheitspreisgeschäften. Nach der "Machtergreifung" folgt das "Gesetz zum Schutz des Einzelhandels" vom 12.5.33 mit Beseitigung der Gewerbefreiheit und einem allgemeinen Verbot der Errichtung, Erweiterung oder Übernahme von Verkaufsstellen, das auch und gerade Warenhäuser und Konsumvereine trifft. Das "Gesetz über Wirtschaftswerbung" vom September 1933 gibt dem Reichsminister für Propaganda die Aufsicht über diesen Bereich und am 25.11.33 ergeht das Rabattgesetz.

---

1) insbesondere Kisseler WRP 75, 129, 130 f.; Begründung S. 437 f.
2) S. 4 ff.

Auch von seiner eigenen Thematik her steht das Rabattgesetz nicht isoliert in der Zeit. Daß schon lange vor seiner Entstehung Bestrebungen zur Einschränkung des Rabattwettbewerbes vorhanden waren, belegt das Werk Faucherres: "Die drohende Konkurrenz zwingt die Händler, auf der einmal betretenen abschüssigen Bahn weiterzugleiten, und diese Haltung der Händler führte zu der heute (i.e. 1912, d. Verf.) herrschenden Rabattkorruption im Detailhandel: mit dem Sonderrabatt, dem Einzelrabatt, dem Geschenk- und Zugabewesen, einer Art des unlauteren Wettbewerbs, welcher den sonst schon geschwächten und zersplitterten Detailhandel wirklich an den Rand des Abgrundes führte und schon manches früher blühende Geschäft ruinierte."[1)]

Remedur wird damals noch auf Kartellbasis durch eine "Organisation der einheitlichen Rabattgewährung" gesucht, für die die folgenden Zwecke genannt werden: "1. Anreiz zur Barzahlung, Kampf gegen das Borgsystem; 2. Vereinheitlichung des Rabattes und damit Kampf gegen das Rabattunwesen in jeder Form; 3. Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Kleinhandel; 4. Kampf gegen die Konkurrenz der Konsum- und Beamtenvereine und der Warenhäuser; 5. Heranziehung eines festen Kundenkreises; 6. Hebung des Standesgefühls und der Solidarität in den eigenen Reihen."[2)] Während die Punkte 1. und 4. unbedenklich erscheinen und Punkt 5. nur unter Marktmachtgesichtspunkten ambivalent sein kann, zielen die weiteren Punkte auf Beschränkung des Wettbewerbs, nämlich die Ausschaltung eines Aktionsparameters und die Koordination sonstigen Verhaltens.

Es wird ferner der Vorschlag gemacht,[3)] den vorhandenen Rabattsparvereinen eine zentrale Einkaufsstelle als Machtorganisation gegenüber der Lieferantenseite zuzuordnen. Man darf wohl anneh-

---

1) Faucherre S. 13.
2) a.a.O. S. 1.
3) a.a.O. S. 165.

men, daß die Vorstellungen vom Nutzen der Beschränkung des Rabattwettbewerbes über das Jahr 1912 hinaus vorhanden blieben und ihren Einfluß auf die Schaffung des Rabattgesetzes hatten.

In der Zusammenschau zeigt sich eine umfassende Mittelstandsschutzgesetzgebung in den Jahren 1932 und 1933. Ideologisch kommt sicher hinzu der Kampf gegen die jüdischen Warenhäuser und die gewerkschaftlichen Konsumvereine.[1] Dies bleibt jedoch eine Facette, die sich hauptsächlich im ehemaligen § 6 RabG niederschlug. Die Meinung, das Rabattgesetz habe nach der Nichtigerklärung von § 6 durch das Bundesverfassungsgericht[2] den mittelstandsschützerischen Charakter eingebüßt, sei nunmehr wettbewerbs- und verbraucherschützend,[3] überzeugt deshalb nicht. Es liegt näher, daß das Rabattgesetz noch immer innerhalb des kleinhändlerischen Mittelstandes den Wettbewerb dämpft, ohne gleichzeitig den Druck der Großbetriebsformen zu mindern.

Geht man davon aus, daß vorwiegend in der Hand kundennaher, mittelständischer Unternehmen der Rabatt wettbewerbskonform zum Einsatz kommen kann,[4] so ist aus der Sicht des Mittelstandsschutzes das Rabattgesetz wohl kontraproduktiv, indem es den Mittelstand behindert, die Großen aber kaum tangiert.[5]

3.2. konkrete Mißstände

Die Gesamtheit der Kleinhandelsschutzgesetzgebung sowie die Vorarbeit Faucherres lassen daran zweifeln, daß durch das Rabattgesetz ein akutes Problem bewältigt werden mußte. Die

---

1) BVerfG GRUR 67, 605, 606 (Warenhaus-Rabatt); Tetzner, RabG, Einleitung, Rn 11; § 6, Rn. 4.
2) a.a.O.
3) s.o. 2., 2.1., S. 14 f.
4) s.o. 2.2.3.5., S. 88 f.
5) P. Ulmer, Rabattgesetz, S. 214 f.

amtliche Begründung [1] stellt dazu fest, daß "im Jahre 1931 die mit einem Preisnachlaß verbundenen Umsätze im Einzelhandel 6,8 Milliarden Reichsmark, die zurückvergüteten Preisnachlässe etwa 250 Millionen Reichsmark" betrugen. Der Durchschnitt der Rabattsätze belief sich mithin auf 3,67%. Wäre noch die statistische Verteilung der Rabattsätze zu ermitteln, so würde sich vermutlich ergeben, daß die Anzahl der deutlich über den nach dem Rabattgesetz erlaubten Sätzen liegenden Rabatte nur einen geringen Bruchteil der Anzahl sämtlicher Rabatte ausgemacht hatte. Faucherre hingegen nahm an,[2] daß um das Jahr 1912 der gewöhnliche Satz für Barzahlungsrabatte 5% betragen habe. Wenn daher die amtliche Begründung "Ausartungen", "Mißstände" und dergleichen beschwört,[3] so wirkt das vor dem Hintergrund der genannten Zahlen nicht glaubhaft.

3.3. Mittelstandsschutz durch Wettbewerbsrecht, Ergebnis

Was im historischen Rückblick bleibt, ist Mittelstandsschutz ohne konkret regelungsbezogene Not. Aktuell bestehen ferner Zweifel an der Zwecktauglichkeit der Maßnahme.[4] Mittelstandsschutz als sozialpolitisch oder ideologisch begründetes Ziel verfolgt mit Mitteln in wettbewerbsrechtlichem Gewande ist selbstverständlich mit dem Ansatz dieser Arbeit so wenig vereinbar wie ein Mittelstandsschutz als Ergebnis einer funktionalistischen Auffassung von Wettbewerbspolitik.[5] In der vorliegenden Form wirkt er dazuhin belastend für alle.

Sinnvoll wäre hingegen, wenn man Maßnahmen zugunsten des Mittelstandes als Ziel akzeptiert, eine gezielte Förderung bei

---

1) Begründung S. 438.
2) S. 1.
3) Begründung a.a.O.
4) s.o. 3.1. a.E., S.93.
5) vgl. oben 2.2.1.5. a.E., S. 57.

im übrigen durchgehaltenem Ordnungsrahmen.[1)]

In jedem Fall findet das Rabattgesetz auch im Mittelstandsschutz keine billigenswerte Funktion. Ohne sie ist das Rabattgesetz aber die bloße Einschränkung des Einsatzes eines Wettbewerbsparameters,[2)] ohne Rücksicht auf wettbewerbskonforme Wirkungen von Rabatten,[3)] die über die engen Ausnahmen[4)] des Rabattgesetzes hinausgehen. Das Rabattgesetz selbst ist daher - formell gesehen - eine Wettbewerbsbeschränkung. Als Regelung fehlt ihm bereits die Sinnfälligkeit.

Die gesetzwidrige Gewährung von Rabatten insbesondere im Handel mit höherwertigen Konsumgütern des aperiodischen Bedarfs zeigt darüber hinaus, daß es auch materiell wettbewerbsbeschränkend wirkt.

---

1) Johannson S. 17 f.; Tetzner, RabG, Einleitung, Rn. 7; § 6, Rn. 5; vgl. auch Möschel, Recht, Rn. 264.
2) s.o. 1.3., S. 11 f.
3) s.o. 2.2.3.4. ff., S. 82 ff.
4) s.o. 1.2., S. 5.

Wolfgang Klünder

L E B E N S L A U F

21.2.1956	geboren als Sohn des Dipl.Ing. Klaus Klünder und seiner Ehefrau Gerta, geb. Hanke, in Stuttgart
Staatsangehörigkeit:	deutsch
Konfession:	evangelisch
Ostern 1963	Einschulung in die Falkert-Grundschule in Stuttgart
31.5.1975	Reifeprüfung am Dillmann-Gymnasium in Stuttgart
Oktober 1975 bis Juni 1980	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Wahlfachgruppe und Studienschwerpunkt ist Internationales Privatrecht mit Rechtsvergleichung.
9.6.1980	Abschluß der Ersten juristischen Staatsprüfung
September 1980	Aufnahme in den Referendardienst des Landes Baden-Württemberg
Juli 1982	Eheschließung mit Inge Klünder, geborene Armbruster, Modedesignerin
20.1.1983	Abschluß der Zweiten juristischen Staatsprüfung
Mai 1983	Aufnahme des Anwaltsberufs